

Marie-Luise Heuer/ Kai Woeste, Berlin Schmutzige Wäsche im Arbeitskreis – Reinigungshinweise des BGH an das OLG Frankfurt

Marie-Luise Heuer, LL.M. ist Rechtsanwältin bei BLOMSTEIN in Berlin. **Kai Woeste** ist Rechtsreferendar bei BLOMSTEIN. Die Kanzlei ist in diversen kartellrechtlichen Verfahren tätig; darunter auch in Schadensersatzverfahren, die parallel zum hier besprochenen Fall liegen.

Kontakt: marie-luise.heuer@blomstein.com
Zitiervorschlag: *Heuer/Woeste*, DKartJ 2023, 1

Kurz vor Weihnachten verkündete der BGH das Urteil zu einer Schadensersatzklage im Nachgang zum „Drogeriekartell“, das nicht nur die Kartellrechtswelt, sondern auch die Gläubiger der insolventen Drogeriekette Anton Schlecker e.K. mit Spannung erwartet hatten. Der BGH stellt darin ausdrücklich klar, dass bei einem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch über Preisverhalten eine tatsächliche Vermutung für die Entstehung eines Schadens spricht. Marie-Luise Heuer und Kai Woeste besprechen für D’Kart die Urteilsgründe.

Schmutzige Wäsche im Arbeitskreis „KWR“

Am sog. Drogeriekartell waren insgesamt 15 Hersteller von Marken-Drogerieartikeln beteiligt, die sich von mindestens 2004 bis 2006 im Rahmen des Arbeitskreises „Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel“ des Markenverbandes e.V. frei nach dem Motto „Eine Hand wäscht die andere“ regelmäßig gegenseitig über (geplante) Bruttopreiserhöhungen und den Stand von Verhandlungen mit gemeinsamen Abnehmern informierten. Das Bundeskartellamt verhängte im Jahr 2013 gegen die beteiligten Unternehmen Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 63 Mio.¹ Der Insolvenzverwalter von Schlecker – ein Abnehmer der am Drogeriekartell beteiligten Hersteller – forderte anschließend von mehreren Kartellanten insgesamt EUR 212,2 Mio. Schadensersatz.

Vorinstanz

Das Schlecker-Verfahren kreiste um die Frage, unter welchen Umständen eine tatsächliche Vermutung im Sinne eines Erfahrungssatzes dafür spricht, dass ein Kartellrechtsverstoß zu einem Schaden der Marktgegenseite führt. Geklärt war dies bislang lediglich für Hardcore-Preisabsprachen sowie Quoten- und Kundenschutzkartelle, bei denen seit der Rechtsprechung zum Schienenkartell zwar kein Anscheinsbeweis, aber immerhin eine tatsächliche Vermutung für kartellbedingt erhöhte Preise streitet. Der BGH und vor ihm das OLG Frankfurt sahen sich im Schlecker-Verfahren nun aber mit einer anderen Art von Wettbewerbsbeschränkung konfrontiert: Erstreckt sich der beschriebene Erfahrungssatz auch auf Fälle eines „reinen“ kartellrechtswidrigen Informationsaustauschs? Das OLG Frankfurt hatte hieran erhebliche Zweifel angemeldet, da der bloße Austausch von Informationen nicht unmittelbar auf eine Verhaltenskoordinierung hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter hinauslaufe. Schlussendlich hat das OLG dem Erfahrungssatz jedenfalls im konkreten Fall kein maßgebliches Gewicht zugemessen, weil es zahlreiche gegenläufige Indizien für gewichtig hielt und den Drogeriekartellanten zumindest mit Blick auf die Schadensersatzhaftung eine reine Weste bescheinigte.

Schleudergang: Die Entscheidung des BGH

Die Entscheidung der Vorinstanz wurde nun vom BGH gehörig in die Mangel genommen. Ungeachtet der Bedenken des OLG Frankfurt stellt der BGH fest, dass auch bei einem Austausch geheimer Informationen, die – wie hier – das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber gemeinsamen Abnehmern betreffen, eine tatsächliche Vermutung für die Entstehung eines Schadens spricht. Zur Begründung verweist der BGH u.a. auf die EuGH-Rechtsprechung zum Begriff der aufeinander abgestimmten

¹ BKartA, Fallbericht vom 26.5.2015, Az. B11-17/06.

Verhaltensweisen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, nach der zu vermuten ist, dass Wettbewerber die zwischen ihnen ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Der BGH beruft sich zudem auf die hohe Wahrscheinlichkeit und den ökonomischen Erfahrungssatz, dass Kenntnisse über künftiges Marktverhalten von Wettbewerbern bei unternehmerischen Entscheidungen typischerweise berücksichtigt werden. Welches Gewicht dem Erfahrungssatz im konkreten Fall zukommt und ob er bestätigt oder entkräftet wird, hängt sodann von einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ab.

In der Konsequenz und anknüpfend an *Schienenkartell V* hat der BGH die OLG-Entscheidung zudem insoweit als rechtsfehlerhaft abgebügelt, als es der Klägerin die Darlegung indizieller Umstände abverlangte, die für eine ausdrückliche oder konkludente *Verständigung* sprechen. Laut BGH folgt vielmehr aus der Bedeutung und Tragweite der tatsächlichen Vermutung eines Schadens, dass nicht die Klägerin, sondern die Beklagten für Umstände, die für eine Unerheblichkeit des Informationsaustauschs sprechen, darlegungs- und beweisbelastet sind.

Außerdem hat der BGH dem OLG mit Blick auf dessen Würdigung der indiziell bedeutsamen Umstände gründlich den Kopf gewaschen. Insoweit sah er sich nämlich gezwungen, gleich eine Vielzahl an Fehlern zu bereinigen. Beispielsweise werde die tatsächliche Vermutung nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass man im KWR-Arbeitskreis nicht notwendigerweise über konkrete Prozentsätze der Preiserhöhungen gesprochen hat. Denn allein das Wissen, dass eine Preisbewegung bei einem Wettbewerber ansteht und wie die Händler darauf reagieren, führe dazu, dass man als Hersteller mit einem gewissen Vorsprung in die nächste Verhandlung geht. Das heißt: Die wettbewerbliche Unsicherheit ist reduziert. Sprach nicht zumindest die Tatsache, dass sich die Teilnehmer des Droge-riekartells wohl nur über einen Zeitraum von etwas über zwei Jahren und zudem nicht allzu häufig getroffen haben, gegen einen Schaden? Auch insoweit wischt der BGH die Argumentation der Vorinstanz vom Tisch: Weder die geringe Frequenz noch die vergleichsweise kurze Dauer des Informationsaustauschs könne die tatsächliche Vermutung entkräften. Da es nämlich um hochaktuelle Informationen ging und die Vereinbarungen zwischen den Kartellanten und ihren

Abnehmern im Jahresturnus neu verhandelt wurden, reiche grundsätzlich bereits ein einmaliger Informationsaustausch aus, um das Verhandlungsergebnis zu beeinflussen.

Eine weitere Passage des Urteils lässt aufhorchen: Nachdem der BGH bereits in *LKW-Kartell II* die (potenzielle) indizielle Bedeutung von Regressionsanalysen für die Schadensfeststellung hervorgehoben hat, wirft er im Schlecker-Verfahren der Vorinstanz nun vor, die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens zur Durchführung einer Regressionsanalyse vorschnell unter den Tisch gekehrt und wichtige Inputfaktoren nicht ausreichend gewürdigt zu haben.

Ausblick

Statt das Verfahren in einem Abwasch abzuhandeln war der BGH gezwungen, die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG Frankfurt zurückzuverweisen. Dieses dürfte nun einigermaßen baff aus der Wäsche gucken, nachdem seine Beweiswürdigung gehörig auf den Kopf gestellt wurde. Die Umsetzung der Maßgaben des BGH darf daher mit Spannung erwartet werden.

Kartellgeschädigten verleiht das Urteil jedenfalls weiteren Rückenwind. Die Erstreckung der tatsächlichen Vermutung auch auf den kartellrechtswidrigen Informationsaustausch ist nicht nur in der Sache überzeugend und eine konsequente Fortführung der Rechtsprechung des Kartellsenats. Nach einer Reihe klägerfreundlicher Urteile ist die Entscheidung auch als weiterer Fingerzeig in Richtung eines schlagkräftigen *private enforcement* zu lesen, der den teils noch zögerlichen Instanzgerichten weiter Dampf machen dürfte. Für Neufälle bringt künftig schon die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB Klägern eine gewisse Erleichterung. Aber auch dort, wo die Rechtsprechung jetzt eine tatsächliche Vermutung für die Schadensentstehung annimmt, wird es jedenfalls auf zivilrechtlicher Ebene für Kartellanten zunehmend schwerer, ihre Hände in Unschuld zu waschen.

Natürlich klärt das Urteil nicht alle Fragen. Offen ist beispielsweise, ob eine Vermutung vergleichbaren Gewichts auch dann besteht, wenn der Informationsaustausch nicht das Preissetzungsverhalten, sondern andere Wettbewerbsparameter betrifft. Gestützt auf die Überlegung, dass Unternehmen die mit einem

Kartellrechtsverstoß verbundenen Risiken in der Regel nur dann eingehen, wenn sie ihnen einen ökonomischen Vorteil bringen, werben etwa Teile des Schrifttums für grundlegende Beweiserleichterungen bei allen Kartellverstößen. Auch die Anforderungen an den Umgang mit ökonomischer Evidenz (insbes.

Regressionsanalysen) sind nach der Schlecker-Entscheidung bei Weitem nicht geklärt. Je mehr künftig tatsächlich Urteile der Instanzgerichte erwartet werden dürfen, die sich mit dem Schadensumfang und der Bemessung befassen, werden diese Fragen sicherlich zunehmend hochgespült.

Marie-Luise Heuer/ Kai Woeste, Berlin

Dirty Laundry in the working group– Cleaning instructions from the Federal Court of Justice to the Frankfurt higher Regional Court (english version)

Marie-Luise Heuer, LL.M. is a lawyer at BLOMSTEIN in Berlin. **Kai Woeste** is a legal trainee at BLOMSTEIN. The firm is active in various antitrust proceedings, including proceedings for damages, which are parallel to the case discussed here.

contact: marie-luise.heuer@blomstein.com

suggested citation: *Heuer/Woeste, DKartJ* 2023, 3

Shortly before Christmas, the Federal Court of Justice (FCJ) passed judgement on the follow-on lawsuit regarding the so-called “drugstore products cartel”. It had been eagerly awaited not only by the antitrust world but also by the creditors of the insolvent drugstore chain Anton Schlecker e.K. In the ruling, the FCJ expressly clarifies that in the event of an anti-competitive information exchange on price behavior, there is a factual presumption that such information exchange caused damage. Meanwhile, the grounds of the FCJ’s judgement were published and are discussed here by Marie-Luise Heuer and Kai Woeste.

Dirty laundry in the “KWR” working group

A total of 15 manufacturers of branded drugstore products were involved in the so-called drugstore products cartel. From at least 2004 to 2006, they regularly informed each other about (planned) gross price increases and the status of negotiations with mutual customers within the framework of the working group on “Body Care, cleaning agents and detergents” (KWR) of the trademark association Markenverband e.V. In 2013, the German Federal Cartel Office imposed fines totaling EUR 63 million on the companies and their sales representatives involved (Case No. B11-17-06). The insolvency administrator of Schlecker – a retailer affected by the drugstore products cartel – seeks compensation amounting to EUR 212.2 from several cartel participants.

Preliminary proceedings

The Schlecker proceedings revolved around the question under what circumstances a factual presumption in the sense of an empirical principle indicates that an antitrust infringement leads to damages to the market opponent. So far, this had only been clarified for hardcore price agreements and quota and customer protection cartels. In the rail cartel cases, the FCJ ruled that there is no prima facie evidence, but at least a factual presumption of cartel-related price increases. In the Schlecker case, however, both the FCJ and the Frankfurt Higher Regional Court (HRC) were confronted

with a different type of restriction of competition: Does the described empirical principle also extend to cases of a “pure” anti-competitive information exchange? The Frankfurt HRC had expressed considerable doubts about this. According to the HRC, the mere exchange of information did not directly amount to a coordination of conduct with regard to individual competition parameters. In the end, the HRC did not attribute any substantial significance to the empirical evidence, at least not in this specific case. It attributed more significance to numerous contrary indications. It certified the drugstore products cartelists a clean slate, at least with regard to liability for damages.

Spin cycle: The decision of the FCJ

The lower court’s decision has now been overruled by the FCJ. Notwithstanding the concerns of the Frankfurt HRC, the FCJ found that even in the case of a secret information exchange relating to current or planned pricing behavior vis-à-vis mutual customers, there is a factual presumption that such information exchange caused damages. By way of justification, the FCJ refers, among other things, to the ECJ case law on the concept of concerted practices within the meaning of Article 101 (1) TFEU, according to which it must be presumed that competitors take into account the information exchanged between them when determining their own market conduct. According to the FCJ, this is part of economic experience and in line with economic rationality. It is up to the courts to examine, within the framework of their overall assessment, whether the evidence at hand confirms or invalidates the empirical principle. As a consequence and following on from *Schienenkartell V* (rail cartel V), the FCJ also rejected the HRC decision as legally erroneous insofar as it required the plaintiff to present indicative circumstances that speak in favor of an express or implied understanding. According to the FCJ, it follows from the significance and scope of the actual presumption of damage that not the plaintiff, but the defendants bear the burden of proving and presenting circumstances indicating that the information exchange is irrelevant.

In addition, the FCJ gave the HRC a thorough dressing down regarding its assessment of the indicative circumstances. In this respect, the FCJ had to numerous mistakes. For example, the factual presumption was not called into question by the fact that it had not been proven that concrete percentages of the price increases

had been discussed in the KWR working group. According to the FCJ, the mere knowledge that a competitor will change its prices and how retailers are going to react to this change leads to the manufacturer going into the next round of negotiations with a certain head start. Essentially, this means that competitive uncertainty is reduced. But didn’t the fact that the participants in the drugstore products cartel probably only met over a period of slightly more than two years and, moreover, rather infrequently, argue against any harm done? The FCJ also rejects this reasoning of the lower court: Neither the low frequency nor the rather short duration of the information exchange could rebut the factual presumption. Since the information was highly topical and the agreements between the cartelists and their customers were renegotiated every year, a one-time exchange of information was sufficient to influence the outcome of the negotiations.

Another paragraph in the ruling is noteworthy: After having emphasized the (potential) indicative importance of regression analyses for the assessment of damages already in its *LKW-Kartell II* (trucks cartel II) ruling, the FCJ now finds that the lower court rashly swept under the rug in a premature move the possibility of obtaining a judicial expert opinion (incl. regression analysis) and did not sufficiently consider important input factors.

Outlook

The FCJ had to refer the case back to the HRC for further proceedings. The implementation of the FCJ’s instructions is therefore eagerly awaited.

In any case, the ruling is a further boost for cartel victims. The extension of the factual presumption to anti-competitive information exchange is not only convincing and in line with the case law of the FCJ’s cartel division. As part of a series of plaintiff-friendly rulings, the decision can also be read as a further call to the lower instance courts to contribute to an effective private enforcement. When it comes to new cases, the presumption of damage under Section 33a (2) of the German Act against Restraints of Competition will simplify matters for plaintiffs to a certain extent. But even where case law provides for a factual presumption of damage, it will become increasingly difficult for supposedly clean-cut cartelists to wash their hands of the matter at least with regard to damages claims.

Of course, the ruling does not clarify all questions. For example, it remains unclear whether the presumption also applies if the information exchange does not concern price-setting but other competition parameters. In principle, companies are only likely to take the risks associated with an antitrust violation if they expect to gain an economic advantage from it. Thus, some scholars advocate fundamental simplifications of evidence

for all antitrust violations. Moreover, the legal requirements for the assessment of economic evidence (especially regression analyses) are far from being clarified after the Schlecker decision. With an increasing number of rulings by the courts of lower instance that deal with the scope of damages, these questions are likely to gain further importance in the future.

Merit Olthoff/Thomas Lübbig, Brussels/Berlin A lot to digest, and more to come!

Merit Olthoff is a lawyer and partner at Freshfields Bruckhaus Deringer in Brussels. **Prof. Dr. Thomas Lübbig** is a lawyer and Of counsel at Freshfields Bruckhaus Deringer in Berlin.

contact: merit.olthoff@freshfields.com;

thomas.luebbig@freshfields.com

suggested citation: *Olthoff/Lübbig*, DKartJ 2023, 5

*On 6 February 2023 the European Commission released a draft notification form as part of the draft Implementation Regulation to the FSR (EU Regulation 2022/2560 of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market). This reminded **Merit Olthoff** and **Thomas Lübbig** of lines from a famous German poem:*

“Spirits that I’ve cited – my commands ignore.” – These lines from a famous poem will certainly be well known to German-speaking readers of this blog. And the fortunate translation provided by Edwin Zeydel is just as poignant as Goethe’s original. Why are we reminded of this when looking at the draft notification form released by the European Commission on 6 February 2023 as part of the draft Implementation Regulation to the FSR?

With the FSR, the European Commission seeks to control “foreign subsidies”, which it broadly defines as a “direct or indirect financial contribution by a non-EU country, which is limited to one or more companies or industries and which confers a benefit on a company active in the Single Market” (quoted from the EU’s dedicated FSR webpage). “Foreign subsidy” is an umbrella term which covers various financial instruments such as “interest-free loans, unlimited guarantees, capital injections, preferential tax treatment, tax credits, grants, etc.”. Under the FSR, the Commission is empowered to review ex ante certain inbound investments in the event of (i) concentrations involving subsidies and (ii) bids in public tenders for major projects in an EU Member State where a bidder may be “supported by the government of a non-EU country through direct subsidies”. These cases are to be brought to the attention of the Commission through a mandatory and suspensory ex ante notification. At the same time the Regulation provides for the own-initiative investigation of matters where the “EU subsidiary of a non-EU country parent company has access to cheap, State-supported financing in the non-EU country of the parent company” (as all the preceding citations also quoted from the EU’s dedicated FSR website).

To carry out these kinds of investigations, the Commission will need three key resources: (i) data and information, (ii) dedicated staff, and (iii) sufficient time.

While all three may be helpful at times, a large amount of information – which could be conducive to achieving optimum results in the substantive review – will necessitate even more staff and time. So, this looks a bit like a double (or perhaps even triple) bind for an authority which already finds it difficult to investigate expediently similar situations of State aid within the Internal Market. It took – to pick an illustrative (and not the worst) example – almost two years to investigate whether internal capital injections by group companies of PostNord (jointly controlled by the Kingdoms of Denmark and Sweden, Cases SA.49668 and SA.53403 of 10 September 2021) were or were not State aid. How much more difficult will it be to investigate a similar situation if the organisms that made the capital injection into a non-EU inbound investor or bidder in a major procurement project are, e.g., (i) holding companies of a central or provincial Government in the PRC or (ii) Sovereign Wealth Funds?

When it comes to staffing, the Commission apparently needs 120 case officers to administer the new Regulation efficiently, and some of these resources may need to be drawn in from other units of DG COMP and elsewhere within the Commission. As to data, the Commission, in all cases which come to its attention by way of an ex-ante notification, will primarily rely on the notifying party(ies). To this end, on 6 February 2023, the Commission published for consultation a draft Implementing Regulation to the FSR, with two draft notification forms in annex. Annex 1, which deals with concentrations bears certain similarities to the Form CO known under the EUMR, and, to the credit of the Commission, it is not overly long. Yet, when you look at the individual sections, you will see that the Commission's appetite for information is not easy to satiate. A central element of the form is section 5 which asks for a list of "foreign financial contributions", a term that in its substantive remit may go beyond the definition of a State aid under Article 107 (1) TFEU, and which could require notifying parties to screen hundreds or thousands of agreements or other financial relationships they may have with non-EU State Governments or Government-controlled bodies. On the other hand the Commission does make a laudable attempt to alleviate this burden through the establishment of two de minimis thresholds, which are that foreign financial contributions (i) below an individual amount of 200,000 EUR, or (ii) in total, per third country and per year,

below 4 million EUR, do not need to be listed, but still count towards the notification thresholds.

Even more challenging if not controversial will be answering section 6 of the draft form. This deals with situations where the acquisition of a target occurs in a structured bidding process. It is not limited to privatizations but covers every private sector transaction meeting the FSR notification thresholds which is organized through a bidding process. In such a situation, and possibly even prior to submitting the final and binding bid in a bidding process, the notifying party has not only to provide a "detailed description of the bidding process" but also to indicate "how many other candidates were contacted" and how many of those candidates "expressed an interest" and provide "a detailed description of the profile of each of the other candidates" in the bidding process. Moreover, they have to "indicate how many letters of intent and non-binding offers were received and from whom". More information is requested on the basis of the due diligence carried out and corresponding reports and evaluations have to be provided.

Well, does this really look like a thought through concept?

While it is understandable that the Commission may appreciate this kind of information, why does it require it to be provided by the notifying party? It is odd because, under the general competition rules, the notifying party is not even supposed to know what the other bidders are doing, or even to know whether there are other bidders at all and how many. Hence, section 6 requires the party to rely on (i) (a dearth of) information in the public domain (if any), or (ii) mere conjecture. Alternatively, (iii) it may need to negotiate a clause in pre-SPA documents, such as NDAs or the like, for the seller to make this information available. But will the seller be prepared to agree to such a clause? Will the seller even be allowed to do that under Article 101 TFEU? In any event, this burdensome provision will put non-EU bidders which need to submit a filing under the FSR at an unfair disadvantage. Is that an intended consequence of section 6? Probably – and hopefully – not – but that does not solve the problem. If section 6 is not reduced in scope following the consultation, the Commission may still deal with this issue "pragmatically" as already indicated in recital 9(a) of the form, whereby waivers may be granted by the Commission in a situation where the notifying

party(ies) “indicate where any of the requested information that is unavailable could be obtained by the Commission”. This way of proceeding would not be unprecedented, and it is also used by the Commission under the EUMR in situations of a hostile takeover where certain information from the seller and the target can only be obtained through an RFI addressed to them directly.

Nonetheless, this would sound like bad news to bidders subject to the FSR who – unlike bidders not subject to the FSR – will depend on the goodwill of the Commission to obtain such a waiver and, of course, this information will most likely be kept confidential by the Commission. That notifying party will then be faced with a kind of in-camera process where the Commission takes its decision on the basis of information that is not disclosed to the notifying party.

So, in conclusion, the application of the FSR, both in terms of the scope of the foreign financial contributions to be listed under section 5 and the bidding market information requested under section 6, will require a lot of pragmatism on the part of the Commission, which may well be forthcoming in most cases, but perhaps not in all. This would then raise an issue of fairness and, quite frankly, also the question why the EU legislator would enact a law which, in order for it to be reasonably applied, relies on the authority exercising a certain pragmatism (which inherently introduces an element of arbitrariness) from the start?

Justus Haucap, Düsseldorf

Conference Debriefing (35): FIW-Symposium Innsbruck

Prof. Dr. Justus Haucap ist Direktor des Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Kontakt: haucap@dice.hhu.de

Zitiervorschlag: *Haucap, DKartJ* 2023, 7

Wer nicht Teil der Kartellrechtsfamilie in der DACH-Region ist, wird mit der Tiroler Landeshauptstadt Innsbruck sicher primär die Alpen und den Wintersport verbinden und vielleicht auch an die phantastischen Abenteuer des Raumschiffes Orion denken, dessen Protagonist, Major Cliff Allister McLane, von Dietmar Schönherr, einem der prominenten Söhne der Stadt Innsbruck

verkörpert wurde. Freundinnen und Freunde des Kartellrechts und der Wettbewerbsökonomie hingegen denken sofort an das jährliche Symposium des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (kurz: FIW), das vom 22. bis 24. Februar 2023 schon zum 56. Mal stattfand und traditionell an Aschermittwoch startet, wenn auch die nicht völlig unbedeutende Kartellrechtsszene aus dem Rheinland wieder bei Sinnen ist. Prof. Dr. Justus Haucap war vor Ort und berichtet.

Nach zweijähriger Pause (genau, wegen Corona) trafen sich jetzt 120 Rechtswissenschaftler, Ökonomen, Anwälte, Enforcer und Industrievertreter, um im Hotel Grauer Bär über aktuelle Fragen des Kartellrechts zu diskutieren oder zu klagen, je nach Façon. Wer war denn da oder worum ging es genau? Wer eine nüchterne Übersicht bevorzugt, klicke bitte hier². Wer sich

² <http://fiw-online.de/de/veranstaltungen/fiw-symposium>.

hingegen eine subjektiv gefärbte, stark verzerrte Schilderung antun möchte, kann weiterlesen. Achtung: ich bin auch (noch) Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats des FIW – die verzerrte Darstellung ist also garantiert. Doch nun zur Sache, liebe Leserinnen und Leser.

Die Behörden-Chefs

Den informellen Auftakt machte Mittwochabend die hochgeschätzte Interims-Generaldirektorin der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), Dr. Natalie Harsdorf-Borsch. Beim Empfang auf Einladung der BWB wies sie Andreas Mundt darauf hin, dass die BWB die Sektoruntersuchung zum Großhandel mit Mineralöl in nur drei Monaten abgeschlossen habe. Aber dass man den Gästen einen einschenkt ist als Gastgeberin natürlich in Ordnung. Gut gefallen hat mir auch ihre Anmerkung zu gerichtlichen Fehlurteilen, dass in diesen Fällen das Gericht nun rechtssicher geirrt hätten.

Formell machte Andreas Mundt den Auftakt am Donnerstagmorgen und sprach über „aktuelle Entwicklungen der Kartellrechtspraxis des Bundeskartellamtes“. Der Präsident des Amtes betonte zunächst, dass trotz DMA § 19a GWB seine Bedeutung behalten werde. Für den Bereich der Kartellverfolgung wies Mundt darauf hin, dass weltweit – mit der bemerkenswerten Ausnahme Österreichs – Kronzeugenanträge rückläufig seien. Das Amt verfolge daher bei der Kartellverfolgung nun eine Doppelstrategie. Zum einen gebe es ein intensiveres Screening von Märkten durch das Amt, um die Wahrscheinlichkeit der Kartellaufdeckung zu steigern, zum anderen sprach sich Mundt für eine Privilegierung bis hin zur Freistellung von Kronzeugen bei Schadensersatzansprüchen im Innenverhältnis zu den anderen Kartellanten aus.

Im Bereich der Fusionskontrolle wies der Präsident darauf hin, dass er als „Jurist aus Deutschland“ mit der Interpretation des Artikels 22 der EU-Fusionskontrollverordnung durch die Europäische Kommission durchaus seine Probleme habe. Wie durch den Verweis einer Fusion durch eine *nicht* zuständige Wettbewerbsbehörde an eine andere *nicht* zuständige Wettbewerbsbehörde eine Zuständigkeit entstehen könne, erschließe sich ihm bislang nicht. Mundt stellte auch die Frage, wohin das Bundeskartellamt selbst in der Zukunft wolle. Er stehe zwar weiteren Erweiterungen des Bundeskartellamtes – das ist nun nicht wirklich überraschend – aufgeschlossen gegenüber, doch mache er sich durchaus auch Sorge um den „Markenkern“ des

Amtes, wenn dem Amt immer weitere Aufgaben übertragen würden.

Fusionskontrolle außerhalb der Schwellenwerte

Im anschließenden Panel diskutierten die schon erwähnte Natalie Harsdorf-Borsch (BWB), Konrad Ost (Vizepräsident des Bundeskartellamtes) und Birthe Panhans (GD Wettbewerb) unter der Leitung meines Kollegen im FIW-Beirat, Torsten Körber (Uni Köln), über „Fusionskontrolle außerhalb der Schwellenwerte“. Die kommissarische Generaldirektorin der BWB präsentierte – vielleicht noch beeindruckt vom Treffen akademischer Wettbewerbsökonominnen in der BWB in der Vorwoche – zahlreiche Zahlen. Seit 2015 habe es 14 Anträge nach Art. 22 FKVO in der EU gegeben. Die BWB sei dabei EU-weit Spitzenreiterin mit vier Erstanträgen (bei insgesamt 14 Anträgen). Zudem habe die BWB sich drei weiteren Anträgen angeschlossen, sei also in die Hälfte aller Fälle involviert gewesen. Das Bundeskartellamt habe drei Erstanträge gestellt, Frankreich und Spanien je 2 und Finnland, Dänemark und Großbritannien jeweils einen. Zudem verwies (passendes Wort in diesem Kontext) Harsdorf-Borsch auf den gemeinsamen Leitfaden von BWB und Bundeskartellamt zu Transaktionswert-Schwellen. Von November 2017 bis Dezember 2022 habe es in Österreich 121 Fusionsvorhaben gegeben, die aufgrund der Transaktionswertschwelle angemeldet wurden. Das sind in jedem Jahr deutlich weniger als 10 Prozent der angemeldeten Fusionen. Knapp die Hälfte entfalle auf digitale Märkte und die Gesundheitsbranche.

Mit Ausnahme von zwei Fällen (*Meta/Giphy* und eine dann zurückgezogene Transaktion) wurden alle dieser Anmeldungen in Phase I freigegeben. In Bezug auf Artikel 22 FKVO beabsichtige die BWB allerdings an der bisherigen Praxis festzuhalten, nur Fälle nach Artikel 22 FKVO an die Kommission zu verweisen, wenn auch eine nationale Anmeldepflicht in Österreich bestehe. Ganz ähnlich sah das Konrad Ost, der Vizepräsident des Bundeskartellamtes. Birthe Panhans (EU Kommission) hingegen verwies auf die Notwendigkeit, potenzielle Killer-Akquisitionen besser kontrollieren zu können. Sie verwies auf den diesbezüglichen Leitfaden der Kommission und insbesondere Textziffer 19 des Leitfadens, wo Indikatoren aufgezählt werden, die herangezogen werden, um zu beurteilen, ob eine Kille-Akquisition vorliegen könnte. Namentlich nannte

Panhans den Transaktionswert als einen Indikator (unter vielen), das innovationsgeschehen sowie den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Assets (wie etwa Daten). Bisher sei nur ein Fall von 35 geprüften Fusionsvorhaben intensiver geprüft worden.

Wettbewerbspolitik in den nächsten 10 Jahren

Nach der Mittagspause hatte ich meinen Auftritt und durfte über (einige) „Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik in den nächsten 10 Jahren“ sprechen, konkret über digitale Märkte, Nachhaltigkeit und Arbeitsmärkte. Im Bereich der digitalen Märkte ist mein Plädoyer, mit einer etwaigen Verschärfung der Fusionskontrolle zu warten, bis wir mehr Klarheit darüber haben, welche Wirkung die nun deutlich verbesserte Missbrauchskontrolle (speziell durch DMA, §§ 19a und 20 GWB) entfaltet. Prinzipiell scheint mir die deutlich aufgerüstete Verhaltenskontrolle besser geeignet zu sein, möglichen Missbrauch von Marktmacht zu unterbinden. Für Wettbewerbsbehörden dürfte es zumindest auf digitalen Märkten kaum möglich sein, Killer-Akquisitionen *ex ante* oder selbst *ex post* verlässlich zu identifizieren. Das kontrafaktische Szenario ist dazu viel zu unklar. Besser gelingt dies aufgrund der vergleichsweise langen Forschungspipeline in der Pharmabranche oder der Agrochemie. Aber dort kann dies heute auch ohne Verschärfung der Fusionskontrolle adressiert werden, etwa durch die Einführung des Schwellenwertes für Transaktionswerte in Deutschland und Österreich.

Zudem äußerte ich mich skeptisch dazu, den Wettbewerbsbehörden immer weitere Ziele aufzugeben, wie Nachhaltigkeit oder Arbeitsmarktziele. Letzteres beginnt sich gerade in den USA abzuzeichnen, wo lebhaft diskutiert wird, ob in Fusionskontrollverfahren auch Arbeitsmarktbelange wie etwa die Entlohnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer berücksichtigt werden sollen.

Die 11. GWB-Novelle

Endlich ging es dann auch ganz direkt um die 11. GWB-Novelle. Jürgen Kühling (Monopolkommission, Uni Regensburg) stritt mit Torsten Körber, der für den kurzfristig verhinderten Stefan Thomas (Tübingen) einsprang, über „Wettbewerbsstörung als neuen Parameter für strukturelle Eingriffe durch die Wettbewerbsaufsicht“. Beiden gemein war das Anliegen,

Verbesserungen gegenüber dem aktuellen Referentenentwurf herbeizuführen. Während der Vorsitzende der Monopolkommission die Rolle seiner Kommission gestärkt sehen wollte (und dazu immer wieder lobend das 58. Sondergutachten der Kommission zum damaligen Brüderle-Entwurf lobte – hat mir natürlich hervorragend gefallen) und zudem auf Kompensation pochte, sprach sich Torsten Körber für grundlegendere Änderungen aus, wie etwa die Einführung des aus § 11 TKG bekannten „Drei-Kriterien-Tests“ und eine genauere und engere Definition des Begriffs der Wettbewerbsstörung, damit das GWB nicht zu einem Wettbewerbsverwaltungsgesetz werde. Thorsten Käseberg vom BMWK durfte dann das Podium stürmen und sich als dritter Referent zu den beiden Kollegen gesellen. Gegenüber einer verbesserten Kompensation zeigte er sich offen, nicht aber für die Einführung des „Drei-Kriterien-Tests“, der hier konzeptionell aus seiner Sicht nicht passe.

Reisebegleitung des Bundeskanzlers

Eigentlich sollte am Freitagmorgen – nach ausschweifendem Dinner im Kaisersaal des Stiftskellers (siehe Titeloto oben) – Martina Merz, die Vorstandsvorsitzende der thyssenkrupp AG, sprechen. Sie musste sich jedoch kurzfristig von Group General Counsel Sebastian Lochen vertreten lassen, um mit Kanzler Scholz auf Auslandsreise zu gehen. Letzteres passte eigentlich gut zum Thema ihres Vortrags, der vor allem auf die neuen globalen Herausforderungen durch China, aber auch die USA (Stichwort: Inflation Reduction Act) einging. Hier wiederum kann ich ja nicht anders als auf unsere Podcast-Folge mit der hochgeschätzten Kollegin Katharina Erhardt hinzuweisen (wobei allein ihr Nachname allen Freundinnen und Freunden des Wettbewerbs Anreiz zum Reinhören sein müsste!)

Kartellschadensersatz beim BGH

Schweifen wir nicht ab. Weiter ging es mit Wolfgang Kirchhoff, bekanntermaßen Vorsitzender Richter am BGH, der zur aktuellen Rechtsprechung des Kartellsenats ausführte. Konkret ging es um zwei Urteile zum Kartellschadensersatz (Urteil vom 28.6.2022, KZR 46/20 – *Stahl-Strahlmittel* und Urteil vom 29.11.2022, KZR 42/20 – *Schlecker*) sowie einen Beschluss vom 27.9.2022 (KZB 75/21 – *Kartellrecht im Schiedsverfahren*). Im Urteil *Stahl-Strahlmittel* geht es um die Frage, ob einer Käuferin ein Kartellschaden entstanden sein

kann, wenn sie nicht direkt bei Kartellanten gekauft hat, sondern bei einem Tochterunternehmen eines Kartellbeteiligten. Wie Kirchhoff erklärte, ist es aufgrund möglicher Preisschirmeffekte ausreichend, dass Waren erworben wurden, die Gegenstand der Kartellabsprache waren – allemal, wenn die Verkäuferin Tochter eines Kartellbeteiligten war. Der Umstand, dass die gezahlten Preise und Preisbestandteile (Schrottzuschlag, Energieaufschlag) unter den Kartellpreisen lagen, reiche nicht aus, einen kartellbedingten Preiseffekt auszuschließen, denn ohne Kartell hätten sich ggf. noch bessere Preise aushandeln lassen.

Im Fall *Schlecker* führte Kirchhoff aus, dass „bei Weitergabe geheimer Informationen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass Marktverhalten der Kartellbeteiligten nicht dem hypothetischen Marktverhalten entspricht“. Weiter: „Betreffen die geheimen Informationen Preissetzungsverhalten, liegen die nach Informationsaustausch erzielten Preise **sehr wahrscheinlich** im Schnitt über denjenigen, die sich sonst gebildet hätten.“

Für Ökonomen besonders relevante Mitteilung: „Methodische Fehler und fehlerhafte Tatsachenermittlung in Parteigutachten rechtfertigen nicht ohne Weiteres, Antrag auf Einholung einer solchen Regressionsanalyse abzulehnen oder von deren Einholung von Amts wegen abzusehen“. Anders als Christian Lindner es wohl sagen würde gilt also für Kartellgeschädigte: Schlechte Gutachten sind wohl immer noch besser als gar kein Gutachten.

In der Frage der kartellrechtlichen Kontrolle von Schiedssprüchen schließlich machte Kirchhoff unmissverständlich klar, dass – trotz teilweise geäußelter Kritik – es keine Rechtsordnung hinnehmen könne, wenn Verstöße gegen ihre grundlegendsten Normen (und dazu zählt er insbesondere §§ 19, 20, 21 GWB) durch ihre eigenen Gerichte bestätigt würden. Daher sei eine Überprüfung von Schiedssprüchen in der Sache erforderlich.

Das Ende fand das Innsbrucker Symposium mit Berichten aus drei Arbeitsgruppen des FIW zum Wettbewerbspolitischen Leitbild (Berichterstatter Justus Herrlinger, DLA Piper UK), zu Kriterien für Wettbewerbsbeschränkungen (Berichterstatter Georg Böttcher, Siemens AG) und Nachhaltigkeit und Kartellrecht (Berichterstatter Georg Götz, Justus-Liebig-Universität Gießen). Dazu aber mehr demnächst auf den Internetseiten des FIW direkt.

Justus Haucap, Düsseldorf
Conference Debriefing (35): FIW-Symposium Innsbruck
(English version)

Prof. Dr. Justus Haucap is Director of the Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE) at the Heinrich Heine University Düsseldorf.

contact: haucap@dice.hhu.de

suggested citation: *Haucap, DKartJ* 2023, 11

Those who are not part of the antitrust family in the DACH region will certainly associate the Tyrolean capital Innsbruck primarily with the Alps and winter sports and perhaps also think of the fantastic adventures of the spaceship Orion, whose protagonist, Major Cliff Allister McLane, was impersonated by actor Dietmar Schönherr, one of the prominent sons of the city of Innsbruck. Friends of antitrust law and competition economics, on the other hand, immediately think of the annual symposium of the Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (a research institute, FIW for short), which took place for the 56th time from 22 to 24 February 2023 and traditionally starts three days after the famous Rhineland carnival culminates in the big processions called “Rosenmontagszug”. That is good timing with regard to the not entirely insignificant antitrust community from the Rhineland – they are back to their senses. Prof. Dr. Justus Haucap was there and reports here.

After a two-year break (because of Corona, exactly), 120 legal scholars, economists, lawyers, enforcers and industry representatives met at the Hotel Grauer Bär to discuss current issues of antitrust law, or to complain, depending on one’s mood. Who was there or what exactly was it about? If you prefer a sober overview, please click here.³ If, on the other hand, you would like to listen to a subjectively coloured, highly distorted account, you can read on. Please watch out: I am also (still) the chairman of the Scientific Advisory Board of FIW – so the distorted presentation is guaranteed. But now to the point, dear readers.

The heads of the authorities

The informal start was made on Wednesday evening by the highly esteemed interim Director General of the Austrian Federal Competition Authority (BWB), Dr. Natalie Harsdorf-Borsch. At the reception hosted by the BWB, she pointed out to Andreas Mundt that the BWB had completed the sector enquiry into the wholesale trade in mineral oil in just three months. But as a host to the event, it is of course all right to pour the guests a drink. I also liked her comment on miscarriages of justice, that in these cases the court had now erred with legal certainty.

Formally, Andreas Mundt kicked off the conference on Thursday morning and spoke on “Current developments in the Bundeskartellamt’s antitrust practice”. The President of the Office first emphasised that despite the DMA, Section 19a of the German GWB, the competition act, would retain its importance. In the field of cartel prosecution, Mundt pointed out that worldwide – with the notable exception of Austria – leniency applications are declining. Therefore, the Bundeskartellamt is now pursuing a double strategy in cartel prosecution: On the one hand, there is a more intensive screening of markets in order to increase the probability of cartel detection, on the other hand, Mundt spoke out in favour of a privileged treatment up to exemption of leniency applicants with regard to claims for damages in relation to the other cartel applicants.

In the field of merger control, the President pointed out that as a “lawyer from Germany” he certainly had his problems with the European Commission’s interpretation of Article 22 of the EU Merger Regulation. How jurisdiction could arise from the referral of a merger by one competition authority without jurisdiction to another competition authority without jurisdiction is not yet clear to him. Mundt also raised the question of where the Bundeskartellamt itself wanted to head in the future. Although he was open to further

³ <http://fiw-online.de/de/veranstaltungen/fiw-symposium>.

expansions of the Bundeskartellamt – this is not really surprising – he was also concerned about the “core brand” of the Bundeskartellamt if more and more tasks were transferred to it.

Merger control beyond the thresholds

In the following panel, Natalie Harsdorf-Borsch (BWB), Konrad Ost (Vice-President of the Bundeskartellamt) and Birthe Panhans (DG Competition) discussed “Merger control outside the thresholds”, chaired by my colleague on the FIW Advisory Board, Torsten Körber (University of Cologne). The acting Director General of the BWB – perhaps still impressed by the meeting of academic competition economists at the BWB the previous week – presented numerous figures. Since 2015, there have been 14 applications under Article 22 of the ECMR in the EU. The BWB is the EU-wide frontrunner with four initial applications (out of a total of 14 applications). In addition, the BWB had joined three other applications, i.e. it had been involved in half of all cases. The Bundeskartellamt had filed three initial applications, France and Spain two each and Finland, Denmark and the UK one each. In addition, Harsdorf-Borsch referred (appropriate word in this context) to the joint guidance of the BWB and the Bundeskartellamt on transaction value thresholds. From November 2017 to December 2022, there were 121 merger projects in Austria that were notified due to the transaction value threshold. That is significantly less than 10 percent of the notified mergers in each year. Almost half of them were in digital markets and the healthcare sector.

With the exception of two cases (*Meta/Giphy* and a transaction that was then withdrawn), all of these notifications were cleared in Phase I. With regard to Article 22 ECMR, however, the BWB intends to adhere to its previous practice of only referring cases under Article 22 ECMR to the Commission if there is also a national duty to notify in Austria. Konrad Ost took a very similar view. Birthe Panhans (EU Commission), on the other hand, referred to the necessity of being able to better control potential killer acquisitions. She referred to the Commission’s guidelines on the subject and in particular to paragraph 19 of the guidelines, which lists indicators that are used to assess whether a killer acquisition could exist. Panhans mentioned the transaction value as one indicator (among many), innovation and access to competition-relevant assets (such as

data). So far, only one case out of 35 merger proposals examined had been examined more intensively.

Competition policy in the next 10 years

After the lunch break, I had my appearance on stage and was allowed to speak about (some of) the “challenges for competition policy in the next 10 years”, specifically about digital markets, sustainability and labour markets. In the area of digital markets, my plea is to wait with a possible tightening of merger control until we have more clarity about what effect the now significantly improved abuse control (especially through DMA, Sections 19a and 20 GWB) will have. In principle, the significantly upgraded behavioural control seems to me to be better suited to prevent possible abuse of market power. For competition authorities, at least in digital markets, it should hardly be possible to reliably identify killer acquisitions *ex ante* or even *ex post*. The counterfactual scenario is far too unclear for this. This is more feasible due to the comparatively long research pipeline in the pharmaceutical industry or agrochemicals. But there, this can be addressed today without tightening merger control, for example by introducing the transaction value threshold as in Germany and Austria.

Finally, the planned 11th amendment of the German competition act GWB was discussed directly. Jürgen Kühling (Monopolies Commission, University of Regensburg) argued with Torsten Körber, who stood in for Stefan Thomas (Tübingen), who was prevented from attending at short notice, about “Disturbance of Competition as a New Parameter for Structural Interventions by the Competition Authority”. Both had in common the concern to bring about improvements compared to the current draft bill. While the Chairman of the Monopolies Commission wanted to see the role of his Commission strengthened (and repeatedly praised the Commission’s 58th special report on the then *Brüderle* draft – I liked it very much, of course) and also insisted on compensation, Torsten Körber argued for more fundamental changes, such as the introduction of the “three-criteria test” known from telecoms regulation (section 11 in the German telco act) and a more precise and narrower definition of the concept of distortion of competition, so that the GWB does not become a competition administration law. Thorsten Käseberg from the Ministry was then allowed to storm the podium and join the two colleagues in

defense of the draft. He was open to improved compensation, but not to the introduction of the “three criteria test”, which in his view did not fit conceptually.

Gone with the Chancellor

On Friday morning – after a lavish dinner in the Kaisersaal of the Stiftskeller (see our photo at the top) – Martina Merz, CEO of thyssenkrupp AG, was supposed to speak. However, she had to be replaced at short notice by her Group General Counsel Sebastian Lochen in order to go on a trip abroad with Chancellor Scholz. That excuse was actually well suited to the topic of her speech, which focused on the new global challenges posed by China, but also by the USA (keyword: Inflation Reduction Act). I can’t help but refer to our podcast episode with the highly esteemed colleague Katharina Erhardt (her surname alone, reminding us of a former German minister for economics, should be an incentive for all friends of competition to listen in!)

Cartel damages at the BGH

Let’s not digress. We continued with Wolfgang Kirchhoff, known as the presiding judge at the Federal Supreme Court, who spoke about the current case law of the Cartel Senate. Specifically, it was about two judgements on cartel damages (judgement of 28.6.2022, KZR 46/20 – *Stahl-Strahlmittel* and judgement of 29.11.2022, KZR 42/20 – *Schlecker*) as well as a decision of 27.9.2022 (KZB 75/21 – *Kartellrecht im Schiedsverfahren*). In the *Stahl-Strahlmittel* judgement, the question is whether a buyer may have suffered cartel damage if it did not buy directly from cartel participants but from a subsidiary of a cartel participant.

As Kirchhoff explained, due to possible price umbrella effects, it is sufficient that goods were purchased which were the subject of the cartel agreement – especially if the seller was the subsidiary of a cartel participant. The fact that the prices paid and price components (scrap surcharge, energy surcharge) were below the cartel prices was not sufficient to exclude a cartel-related price effect, because without a cartel it might have been possible to negotiate even better prices.

In the *Schlecker* case, Kirchhoff stated that “if secret information is passed on, there is a high probability that the market behaviour of the cartel participants does not correspond to the hypothetical market behaviour”. Further: “If the secret information concerns price-setting behaviour, the prices achieved after the exchange of information are *very likely* to be on average higher than those that would otherwise have been formed.” For economists, this is a particularly relevant message: “Methodological errors and faulty fact-finding in party expert opinions do not justify rejecting applications for such regression analyses or refraining from obtaining them ex officio”. It seems that bad expert opinions are still better than no expert opinion at all for cartel victims.

Finally, on the question of antitrust review of arbitral awards, Kirchhoff made it unmistakably clear that – despite criticism voiced by some – no legal system could accept violations of its most fundamental norms (and he counted in particular Sections 19, 20, 21 GWB among these) being confirmed by its own courts. Therefore, a review of arbitral awards on the merits was necessary.

The Innsbruck symposium ended with reports from three FIW working groups on the Competition Policy Model (rapporteur Justus Herrlinger, DLA Piper UK), on Criteria for Restraints of Competition (rapporteur Georg Böttcher, Siemens AG) and Sustainability and Antitrust Law (rapporteur Georg Götz, Justus Liebig University Giessen). More about this soon on the FIW website.

Rupprecht Podszun, Düsseldorf Vor der blauen Wand: Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Berlin

Rupprecht Podszun ist Jura-Professor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Direktor des Instituts für Kartellrecht.

Kontakt: podszun@hhu.de

Zitiervorschlag: *Podszun, DKartJ* 2023, 14

Dürfen Unternehmen sich mit anderen Unternehmen absprechen, um gemeinsam die CO₂-Emissionen zu verringern? Kaum eine Frage ist auf kartellrechtlichen Konferenzen landauf landab in den letzten Jahren mehr diskutiert worden. Das hängt auch damit zusammen, dass das erstmals grün geführte Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seiner Wettbewerbsrechtlichen Agenda 2025 Nachhaltigkeit im Kartellrecht als Schlüsselthema benannt hat. Forschende der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf haben im Auftrag des Ministeriums jetzt ein umfassendes Gutachten vorgelegt: „Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU“.⁴ Justus Haucap und Rupprecht Podszun hatten die Federführung und haben das Gutachten in dieser Woche in Berlin vorgestellt. Podszun berichtet hier, wie der Ausflug auf die Berliner Bühne gelaufen ist.

Im Büro des Staatssekretärs

Es sind noch fünfzehn Minuten bis zum Start der Gutachtenvorstellung, als der Staatssekretär ins Büro bitten lässt. Der Einlass hatte sich etwas verzögert, offenbar hatte er mit Kartellamtspräsident Andreas Mundt, der schon bei ihm ist, noch etwas unter vier Augen zu besprechen. Die neueste Volte im Koalitionspoker um die 11. GWB-Novelle?

Die Zahl der Stellen, die Mundt dringend braucht, um die Europäische Kommission bei der DMA-Durchsetzung zu unterstützen? Oder ging es doch nur ganz banal um den Umzug des Bundeskartellamts, der im

Bonner Generalanzeiger immerhin für ein Stürmchen im Wasserglas sorgte?

Als wir hereindürfen, ist der Raum schnell voll und Sven Giegold begrüßt uns dann auch ganz trocken: „So viele Stühle hab ich gar nicht.“ Neben ihm und Mundt haben sich Thorsten Käseberg, Referatsleiter für Wettbewerbspolitik im Hause, und sein Team sowie unser Team versammelt: Justus Haucap, meine Mitarbeiter Tristan Rohner und Philipp Offergeld und ich. Wie bringt man nun die Zeit rum, während man in der Sitzgruppe etwas ungenlenk steht? Man spricht über die Büroeinrichtung. An den Wänden hängen Bilder von Bernard Schultze, die hat Giegold vom Vorgänger übernommen. Schultze, mehrfacher Teilnehmer der documenta, malt abstrakt und gehört zu den Begründern des Informel. Passt irgendwie zu Giegold. „Nur die Schiffe habe ich abräumen lassen“, erzählt er. Vorbewohner Ulrich Nußbaum, Staatssekretär unter Peter Altmaier, hat ein Faible für die Seefahrt. Die sind nun abgetakelt und im Fundus vor Anker gegangen. Für eine eigenständige Neugestaltung des Büros hatte Giegold offenbar keine Zeit. Wo der Minister schon Müsli mit Wasser essen muss, wie er einst im Spiegel-Film erzählte, kann nicht erwartet werden, dass der Staatssekretär sich erst einmal um die Inneneinrichtung kümmert.

Die Transformation

Für deutsche Verhältnisse ist es ja auch ohne Neudekoration ein erstaunlicher Wechsel: Erstmals zog mit Robert Habeck ein Grüner ins Bundeswirtschaftsministerium ein. Eine lange Reihe schwarz-weißer Portraits, an denen wir kurze Zeit später vorbeihetzen, um rechtzeitig zur eigenen Gutachtenvorstellung zu kommen, erinnert an die ordnungspolitischen Mahner: Ludwig Erhard! Karl Schiller! Otto Graf Lambsdorff! (An jene, die aus anderen Gründen in Erinnerung blieben, wie

⁴ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/transformation-zu-einer-sozial-okologischen-marktwirtschaft.html>.

etwa Karl-Theodor zu Guttenberg, Werner Müller oder Jürgen Möllemann wird ebenfalls erinnert).

Die Ordnungspolitik steht ja möglicherweise vor einer Neubestimmung, und darum sollte es auch an diesem sonnigen Nachmittag in Berlin gehen. Ich selbst bin jedenfalls überzeugt davon, dass der konzeptionelle Rahmen des Wirtschaftsrechts tiefgreifend verändert wird. (Ausländische Leserinnen und Leser mögen mir verzeihen, dass ich geradezu old school ordoliberal überhaupt von Ordnungspolitik, Rahmen etc. spreche, statt einfach ein paar mathematische Formeln zu notieren.)

Erst hat die digitale Revolution die Wirtschaft verändert, darauf reagierte die Wettbewerbspolitik mit neuen Instrumenten, von § 19a GWB bis zum Digital Markets Act. Jetzt rast der Planet auf seine Belastungsgrenzen zu, was zu einer noch härteren Transformation zwingt. Die Akteure dieser grünen Transformation (hier nicht parteipolitisch gemeint) sind in einer ungewohnten Gemengelage: Es müssen alle zusammen ran. Das Warten auf Vorgaben der Politik genügt nicht. Das bringt auch die marktordnenden Behörden in Zugzwang – sie werden Kartellrecht lockern und verschärft anwenden müssen.

Gute Unternehmen?

Und damit sind wir mitten in der Nachhaltigkeitsdebatte des Kartellrechts. Das erste Umdenken muss bereits darin liegen, dass Unternehmen Akteure der Transformation sind, auch wenn es auf den ersten Blick mit dem ihnen eigenen Gewinnstreben nicht vereinbar scheint. Charlotte Kreuter-Kirchhof, Professorin u.a. für Energie- und Völkerrecht und Mitautorin unserer Studie, hat das immer wieder gepredigt: Die United Nations Sustainable Development Goals (SDG) verpflichten auch die Unternehmen zum Handeln. Und immer mehr Unternehmen handeln – ob aus Altruismus, um besser bei Verbrauchern und Bewerbern anzukommen oder um einfacheren Zugang zu Kapital zu erhalten (Stichwort: Sustainable Finance) sei dahingestellt. Sven Giegold, der ein Faible für grundsätzliche Überlegungen hat, spricht von corporate citizenship und christlicher Soziallehre.

Das macht es für Kartellwächter, die lebenserfahrungsgesättigt bei Unternehmen nicht immer gleich das Gute unterstellen, zu einer schwierigen Gratwanderung: Was ist überzeugendes

Nachhaltigkeitsmanagement, was ist Greenwashing? Auch für uns Gutachter ist diese Frage kaum klarer geworden. An Beispielen für Absprachen, die das Grüne wollen, aber am Kartellrecht scheitern, mangelt es, zumindest in der Realität.

Manchmal erinnern mich die Forderungen nach einer weitgehenden Freistellung solcher Kooperationen an das Drängen der Presseverbandsvertreter, die vor einigen Jahren unbedingt Erleichterungen einforderten. Als die Politik 2017 den begehrten § 30 Abs. 2b GWB schuf, blieben Umsetzungen jedoch weiterhin Mangelware. Aus meiner Sicht ist für Nachhaltigkeitsvereinbarungen aktuell die Schaffung eines Ausnahmebereichs, einer Tatbestandsreduktion, einer gesetzlichen Ausnahme nach österreichischem Vorbild oder gar einer Gruppenfreistellung verfrüht. Mehr Guidance, die Bildung von Fallgruppen, ja. Das Bundeskartellamt will das wohl leisten. Justus Haucap hat sich, so mein Eindruck, in die Idee der Sustainability Sandboxes verliebt: Ein zeitlich begrenzter Experimentierraum zum Ausprobieren unter Aufsicht. Dann lässt sich sagen, was sich an Wettbewerbsbeschränkungen und Nachhaltigkeitswirkungen gegenübersteht.

Engherzige Leitlinien

Gerade für die größeren Absprachen, die einen stärkeren Impact haben würden, kommt es allerdings auf die Europäische Kommission an. Der Entwurf der Horizontal-Leitlinien verfehlt das Ziel. Hier mangelt es an der eindeutigen Anerkennung von out of market-efficiencies, also solchen Vorteilen, die nicht unmittelbar den von einer Absprache negativ betroffenen Verbrauchern zugute kommen. Das ist mit Blick auf das international konsentierteste Verständnis von Nachhaltigkeit erstaunlich: Die UN SDG wollen sowohl in zeitlicher Dimension (intergenerationell) als auch in geographischer Dimension (intragenerationell) das Wirtschaften auf Kosten anderer verhindern. Vor diesem Hintergrund wirkt es engherzig, wenn die Verbesserung der Luftqualität in Asien nicht gegen höhere Verbraucherpreise in Europa abgewogen werden darf.

Schlagzeilen-Lieferanten

Giegold, der wohl eher ein weites Herz haben dürfte, bleibt in der Diskussion zurückhaltend. Er hat die Moderatorenrolle der Abteilungsleiterin Elga Bartsch überlassen, die Philipp Steinberg nachgefolgt ist, der

im Ministerium jetzt für „Wirtschaftsstabilisierung und Energiesicherheit“ zuständig ist. Giegold meint es ernst: erst zuhören, konsultieren, dann reden und entscheiden. Unsere Studie liegt vor, das Ministerium will jetzt zuhören. Zur Lektüre der 284 Seiten hat man den Interessierten immerhin bis zum 6. April Zeit gegeben. Bis dahin werden Rückmeldungen an nachhaltigkeit-ib1@bmwk.bund.de erwartet.

Für die Medien ist es natürlich etwas wenig, wenn das Ministerium verlautbaren lässt, es wolle zuhören. Was soll jetzt die Headline zu dieser Gutachtenvorstellung sein? Kann Giegold da nicht einen raushauen? Ich denke an Stephan Orti von Havranek, ihn habe ich unverhofft an Tor 1 des Ministeriums getroffen. Ich lernte ihn vor vielen Jahren kennen, als er im Bundeskartellamt noch das Referat leitete, das frühmorgens die relevanten Schlagzeilen des Tages zusammenstellte. Was würde das Team Pressedokumentation des Amtes von dieser Vorstellung abheften können? Orti von Havranek ist nicht mehr zuständig, er ist inzwischen Vorsitzender des Hauptpersonalrats des BMWK.

Aber Andreas Mundt, eloquent wie stets, hat zumindest noch einen Satz zu bieten, der wenigstens das kartellrechtliche Zentralmedium Lebensmittelzeitung interessiert: „Art. 210a GMO schafft eine weite Bereichsausnahme. Wir werden uns noch wundern, was dabei herauskommt“, so wird Mundt zitiert. *Initiative Tierwohl*, Vorzeigefall seines Amtes zur Nachhaltigkeitsdebatte, werde künftig in Brüssel geprüft.

Konkrete Optionen

Justus Haucap und ich, die wir uns ja für einen zitierfähigen Spruch eigentlich nie zu schade sind, können diesmal nicht viel Sensationelles beisteuern. Das liegt an unserem Gutachtenauftrag – und an der blauen Wand.

Der Gutachtenauftrag lautete, das Spannungsfeld von Wettbewerb und Nachhaltigkeit auszuleuchten und konkrete Optionen zur Weiterentwicklung des Kartellrechts vorzulegen. Wir sollten aber keine Empfehlungen aussprechen. Daran haben wir uns – im Verbund mit Charlotte Kreuter-Kirchhof, Sustainability-Management-Professor Rüdiger Hahn und den Wissenschaftlern Tristan Rohner, Anja Roesner, Philipp Offergeld und Alexandra May gehalten. Die Entscheidung über die von uns ausgebreiteten Optionen sollten wir nicht vorprägen. Das mindert bei der Vorstellung

ein wenig unsere Schlagkraft. Gern hätte ich gesagt: Das Kartellamt muss jetzt mal einen Missbrauchsfall gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen durchführen, das auf externen Effekten free-ridet! *Facebook reloaded*, aber diesmal mit Klimaschutz statt Datenschutz! Aber das wäre natürlich viel zu plakativ gewesen (zumal die Frage, was der *Facebook*-Fall eigentlich mit Datenschutz zu tun hat, ja durchaus diskutiert werden kann).

Nun ist allerdings in jeder Studie schon die erste Fußnote eine Setzung, die mit normativen Annahmen einhergeht. Beispielsweise halten wir die Marktwirtschaft als System weiterhin für unverzichtbar. Das brauchen wir den Leser*innen dieses Blogs nicht näher zu erläutern, aber außerhalb der überschaubar großen Fangemeinde des freien Wettbewerbs wird längst die Frage gestellt, ob eine auf Wachstum und Konsum angelegte Wirtschaft überhaupt noch zukunftsfähig ist. Marita Wiggerthale, einst beim Bündnis *Konzernmacht beschränken* aktiv, spielte in einer Frage bei der Gutachtenvorstellung darauf an. Haucap und Podszun meinen: Ohne den Ansporn im Wettbewerb werden die nötigen Innovationen und Anpassungen kaum zu leisten sein.

Sustainable Competition

Gleichwohl: Wo Unternehmen Kostenvorteile durch Raubbau haben, muss etwas grundlegend korrigiert werden. Das ist einerseits simple Marktversagenstheorie. Andererseits müsste das vielen Managern einen Schauer über den Rücken jagen. Das ist, finde ich, eine Stärke des Gutachtens: Wir bleiben nicht beim Thema der Nachhaltigkeitskooperationen stehen, sondern durchleuchten auch Fusionskontrolle, Missbrauchsrecht, Verfahren und Sanktionen systematisch auf ihre Sustainability-Effekte hin.

Wo Nachhaltigkeitsschädigungen einen Bezug zum Wettbewerb haben, kann das Kartellrecht relevant werden. Wer hier die Stirn runzelt, lese die Passagen zum sozial-ökologischen Wettbewerb im Gutachten – und sicherheitshalber auch den aktuellen IPCC-Bericht. Warum sollen wir einen Wettbewerb zulassen oder schützen, der dazu führen wird, dass die Marktwirtschaft in einiger Zeit kollabieren muss? *Sustainable competition* könnte als Benchmark den *consumer welfare*-Standard ablösen. Sicher ist: Die Berechnung wird nicht einfacher. Ideologischer als die

Chicago-School wäre eine solche Setzung aber auch wieder nicht, sie käme nur aus einer anderen Richtung.

Aber solche Provokationen habe ich vor der blauen Wand gar nicht „mit Schmackes“ (so sagt man im Rheinland) vorgetragen. Die blaue Wand, das ist die Stellage mit dem großen PVC-Banner in diesem bundesregierungsblauen Farbton, mit Adler, Ministeriumslogo und erheblicher Seriosität. Davor nahmen wir Platz, schauten in das Kameraauge, das uns in Millionen Haushalte (oder vielleicht 114 in der Spitze) projizierte. Die Ausstrahlung dieses amtlichen Arrangements aktivierte bei einem Anfänger wie mir doch eine außergewöhnliche Achtung vor der Aufgabe. Mich tröstete, dass sogar Justus Haucap – anders als in unserem Podcast zum Thema – auf Kalauer verzichtete. Immerhin waren wir jetzt für einen kurzen Moment Teil des bundesregierungsblauen Establishments.

Jetzt wird gelesen!

Nach der Gutachtenvorstellung ging alles ganz schnell. Die Zuhörerinnen und Zuhörer vor den Bildschirmen luden sich das Gutachten herunter und begannen zu lesen. Sven Giegold und Elga Bartsch drückten uns die Hand und murmelten etwas von „Minister“. Am nächsten Morgen würden wir in der Zeitung lesen, dass der Minister Krach in der Koalition geschlagen hat.

Seine Mitarbeiter, Thorsten Käseberg, Markus Jankowski (ausgeliehen vom Kartellamt), Anna-Lena Beate, Sophie Gappa und Johannes Keim, waren gelöst; eine Minute Durchschnaufen, die Nachhaltigkeitsstudie war erstmal vom Tisch, auf dem sich ja derzeit noch anderes türmt. Wir machten noch ein Erinnerungsfoto vor der blauen Wand. Ich fragte mich, ob es wirklich des Farbausdrucks des Gutachtens bedurft hatte – das Nachhaltigkeitsthema hinterlässt Spuren. Eine hier nicht näher zu nennende Ministerialbeamtin verlief sich mit uns bei der Suche nach dem Ausgang, aber normalerweise erledigt sie ja auch ihr Tagewerk in Alt-Moabit und nicht in der Scharnhorstraße.

Ja, lesen. Als ich zuletzt das Gutachten zufällig aufblätterte, stolperte ich über den Satz, dass im Verfahren der Ministererlaubnis „– im Fall *Miba/Zollern* – bereits Nachhaltigkeitsaspekte thematisiert“ worden seien. Schnell blätterte ich weiter, um nicht die Option einer Nachhaltigkeitsministererlaubnis zu finden (vgl. S. 174). Nächster Zufallsfund auf Seite 204:

„Zum anderen gibt es auch im Kartellrecht Probleme, die – unabhängig von der Nachhaltigkeitsdebatte – zu lösen sind: die noch immer mangelnde internationale Verzahnung über die EU hinaus, die zum Teil überkomplexen und langwierigen Verfahren, die gelegentlich überspannt erscheinenden Beweisanforderungen oder die ausbaufähige Einbindung der privaten Rechtsdurchsetzung seien hier beispielhaft genannt. Ein Kartellrecht, das weitergehende Aufgaben übernehmen soll, muss „fit for purpose“ sein – das sollte bei aller Begeisterung für die kartellrechtlichen Instrumente nicht übersehen werden.“

Ach, ein schöner Satz!

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

The Blue Wall: Competition and Sustainability in Berlin (English Version)

Rupprecht Podszun is a law professor at Heinrich Heine University in Düsseldorf and Director of the Institute for Competition law.

contact: podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun, DKartJ* 2023, 18

Are companies allowed to collude with other companies to jointly reduce CO₂ emissions? Hardly any other question has been discussed more often at antitrust conferences across the country in recent years. This is also due to the fact that the first green-led Federal Ministry of Economics and Climate Protection in Germany has named sustainability as a key topic in its Competition Law Agenda 2025. Researchers at the Heinrich Heine University in Düsseldorf have now presented a comprehensive report for the Ministry: "Competition and Sustainability in Germany and the EU".⁵ Justus Haucap and Rupprecht Podszun were in charge and presented the report in Berlin this week. Podszun reports here on how the excursion to the Berlin stage went.

In the office of the State Secretary

There are still fifteen minutes to go before the presentation of the expert opinion is to start, when the State Secretary asks us into his office. There had been a slight delay in entering, apparently he had something to discuss in private with the President of the Cartel Office, Andreas Mundt, who is already with him. The latest in the German government's coalition poker over the 11th amendment to the competition act? The number of new posts Mundt urgently needs to support the European Commission in DMA enforcement? Or was it just quite banal about the relocation of the Federal Cartel Office, which at least caused a storm in a teacup in the Bonn daily *Generalanzeiger*?

When we are allowed in, the room is quickly full and State Secretary Sven Giegold, the second-highest ranking official in the Ministry, greets us dryly: "I don't have that many chairs." Apart of him and Mundt, Thorsten Käseberg, Head of Unit for Competition Policy in the house, and his team have gathered, as well as our team: Justus Haucap, Tristan Rohner and Philipp Of-fergeld from my team and me. So how do you pass the time while standing somewhat awkwardly in the seating area? We talk about the office furnishings. On the walls are pictures by Bernard Schultze, which Giegold took over from his predecessor. Schultze, an artist who participated in the documenta several times, paints abstractly and is one of the founders of *Informel*. Fits Giegold somehow. "I only had the ships cleared away," he says. Previous occupant Ulrich Nußbaum, State Secretary under Minister Peter Altmaier, has a soft spot for seafaring. The ship models have now been taken down and anchored in the archives. Giegold apparently had no time for an independent redesign of the office. Where the minister already has to eat his muesli in the morning with water, not milk, as he once told in a *Spiegel* film, the state secretary cannot be expected to take care of the interior design first.

The transformation

By German standards, it is an astonishing change even without new decorations: for the first time, a Green, Robert Habeck, moved into the Federal Ministry of Economics (which is now the Ministry of Economics and Climate Protection). A long row of black-and-white portraits, which we rush past a short time later in order to get to our own presentation of the report in time, reminds us of legendary predecessors: Ludwig Erhard! Karl Schiller! Otto Graf Lambsdorff!

Regulatory policy is possibly on the verge of being re-defined, and that is what this sunny afternoon in Berlin

⁵ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/transformation-zu-einer-sozial-okologischen-markt-wirtschaft.html>.

should be about. In any case, I myself am convinced that the conceptual framework of economic law will be profoundly changed. (Foreign readers may forgive me for talking about regulatory policy, frameworks, etc. in an old-school *ordoliberal* way instead of simply noting down a few mathematical formulas).

First, the digital revolution changed the economy, to which competition policy responded with new instruments, from Section 19a GWB to the Digital Markets Act. Now the planet is racing towards its boundaries, forcing an even harder transformation. The actors of this *green* transformation (not meant here in a party-political sense) are in an unusual mixed situation: everyone has to pull together. Waiting for policy guidelines is not enough. Corporate actors need to act. This puts the market-regulating authorities, like the competition agencies, under pressure – they will have to loosen *and* tighten anti-trust laws.

Good companies?

And this brings us to the middle of the sustainability debate in competition policy. The first rethinking must already lie in the fact that companies are agents of transformation, even if at first glance it seems incompatible with their inherent profit motive. Charlotte Kreuter-Kirchhof, professor of energy and international law, among other things, and co-author of our study, has told us again and again: the United Nations Sustainable Development Goals (SDG) oblige companies to act. And more and more companies are taking action – whether out of altruism, to better appeal to consumers and on the job market, or to gain easier access to capital (sustainable finance) remains to be seen. Sven Giegold, who has a penchant for fundamental considerations, speaks of “corporate citizenship” and of traditions in the Christian social ethics.

This makes it a difficult tightrope walk for competition watchdogs, that, saturated with life experience, do not always immediately assume the good in companies: What is convincing sustainability management, what is greenwashing? For us as authors of the expert opinion, the criteria have hardly become clearer. There is a lack of examples of agreements where companies want to be green but fail because of competition law limits, at least in reality.

Sometimes the demands for a far-reaching exemption of such cooperations remind me of the whining of the

representatives of the press associations who demanded relief at all costs a few years ago. When politicians created the coveted Section 30 (2b) GWB in 2017, practical examples remained scarce. With this in mind, I believe there is no room for the creation of a general exemption, a statutory exemption on the Austrian model or a block exemption regulation. More guidance, the definition of groups of cases, yes. The Bundeskartellamt promised to help here. My economist colleague Justus Haucap, it seems to me, has fallen in love with the idea of sustainability sandboxes: a temporary experimental space to try things out under supervision. The Hellenic competition agency has this on the agenda. If this works, there will be some material to balance the restrictions on competition and sustainability effects in a better way.

Narrow-minded guidelines

For those agreements with a lot of impact, it is the European Commission that matters – not the German government. The draft Horizontal Guidelines miss the mark. There is a lack of clear recognition of out-of-market efficiencies, i.e. advantages that do not directly benefit consumers negatively affected by an agreement. This is astonishing in view of the internationally agreed understanding of sustainability: the UN SDGs want to prevent economic activity at the expense of others, both in a temporal dimension (inter-generational) and in a geographical dimension (intra-generational). Against this background, it seems narrow-minded if the improvement of air quality in Asia may not be weighed against higher consumer prices in Europe.

Some headlines, please

Giegold, who is likely to have a rather wide, not narrow mind, remains reserved in the discussion. The State Secretary has left the role of moderator to the head of department, Elga Bartsch, who succeeded Philipp Steinberg, who is now responsible for “Economic Stabilisation and Energy Security” at the Ministry. Giegold means it that he wants to listen before pre-determining outcomes of the debate. Our study is available now. Interested parties have been given until 6 April 2023 to read the 284 pages. Until then, feedback is expected at nachhaltigkeit-ib1@bmwk.bund.de.

With the Deputy Minister not speaking out that's not a lot for the media. What is the message of this presentation supposed to be? Can't Giegold just knock one out of the park? I'm thinking of Stephan Orti von Havranek, I met him unexpectedly at Gate 1 of the Ministry. I got to know him many years ago when he was still head of the unit at the Federal Cartel Office that compiled the relevant headlines of the day early in the morning. What would the Office's press documentation team be able to file from our presentation? Orti von Havranek is no longer in charge, he is now the chairman of the main staff council of the Ministry.

So it is up to President Andreas Mundt, eloquent as ever, to offer a headline that is at least of some interest to the special interest magazine *Lebensmittelzeitung*: "Art. 210a of the CMO creates a broad exception. We will be surprised what comes out of this", Mundt is quoted as saying. *Initiative Tierwohl*, the Bundeskartellamt's key case on sustainability in competition, will be examined in Brussels in future.

Concrete options

Justus Haucap and me – we are never too shy for a quotable saying – cannot contribute much sensational this time. That's because of our mandate – and because of the blue wall.

The mandate the Ministry gave us for the expert opinion was to illuminate the area of tension between competition and sustainability and to present concrete options for the further development of competition law. We were not asked to give recommendations. That is what we did – together with Charlotte Kreuter-Kirchhof, Sustainability Management Professor Rüdiger Hahn and the researchers Tristan Rohner, Anja Roesner, Philipp Offergeld and Alexandra May.

I would have loved to say something like: Andreas Mundt, your agency must now conduct an abuse case against a dominant company that free-rides on external effects! *Facebook reloaded*, but this time with climate protection instead of data protection! But of course that would have been far too bold (especially since the question of what *Facebook* actually has to do with data protection is certainly open to debate).

Now, in every study, the very first footnote is a setting that comes with normative assumptions. For example, we still consider the market economy as a system to be indispensable. We don't need to explain this in detail

to the readers of this blog, but outside of the relatively small fan community of free competition, the question has long been asked whether an economy based on growth and consumption is still sustainable at all. Marita Wiggerthale, once active in the Alliance to *Restrain Corporate Power*, alluded to this in a question at the presentation of the report. Haucap and Podszun think: Without the incentive of competition, the necessary innovations and adjustments will hardly be possible.

Sustainable Competition

Nevertheless, where companies have cost advantages due to predation, something needs to be fundamentally corrected. On the one hand, this is simple market failure theory. On the other hand, it should send a shiver down the spine of many managers. I think this is one of the strengths of the report: we do not stop at the issue of sustainability cooperations, but also systematically examine merger control, abuse of dominance law, procedures and sanctions for their sustainability effects.

Wherever damage to sustainability is related to competition, competition law can become relevant. Anyone who frowns here should read the passages on socio-ecological competition in our study – and, to be on the safe side, also the current IPCC report. Why should we allow or protect competition that will lead to the collapse of the market economy in some time? *Sustainable Competition* could replace the *consumer welfare standard* as a benchmark. One thing is certain: the calculation will not get any easier. But such a setting would not be more ideological than the Chicago School, it would just come from a different direction.

But I didn't deliver such provocations with verve in front of the blue wall. The blue wall, that is the stand with the large PVC banner in this federal government blue colour, with the eagle, ministry logo and considerable seriousness. We took our seats in front of it, looking into the camera eye that projected us into millions of households (or maybe 114 at the peak). The aura of this official arrangement did activate in a novice like me an extraordinary respect for the task. I was comforted by the fact that even Justus Haucap – unlike in our podcast on the subject – refrained from using corny jokes. After all, we were now part of the federal government's blue establishment for a brief moment.

Now it's time to read!

After the presentation of the report, everything happened very quickly. The audience in front of the screens downloaded the report and started reading. Sven Giegold and Elga Bartsch shook our hands and mumbled something about “we need to see the Minister”. The next morning we would read in the papers that their boss made some noise in the coalition. His staff, Thorsten Käseberg, Markus Jankowski (on loan from the Bundeskartellamt), Anna-Lena Beate, Sophie Gappa and Johannes Keim, were loosened up, a minute to catch their breath, the sustainability study was off the table for now (they still have enough to do these days).

We took a souvenir photo in front of the blue wall. I wondered whether the colour printout of the report was really necessary – sustainability, you know. A ministerial official, who cannot be named here, got lost with us looking for the exit, but normally she does her day's work in Alt-Moabit and not in Scharnhorstraße.

Yes, read our report. (It's in German with an English executive summary). When I last opened the report by chance, I stumbled over the sentence that in the ministerial permit procedure “- in the case of *Miba/Zollern* – sustainability aspects had already been addressed”. I quickly turned the page to avoid finding the option of a sustainability ministerial permit (cf. p. 174). So, I stopped elsewhere, and this happened to be page 204:

“On the other hand, there are also problems in competition law that need to be solved – irrespective of the sustainability debate: the still insufficient international integration beyond the EU, the sometimes overly complex and lengthy procedures, the requirements of proof that occasionally seem excessive or the integration of private enforcement that could be expanded are examples of this. If competition law is to take on more far-reaching tasks, it must be “fit for purpose” – this should not be overlooked despite all the enthusiasm for competition law instruments.”

What a beautiful sentence!

Florian Wagner-von Papp, Hamburg

THE 11th AMENDMENT TO THE ARC AND GERMANY'S NEW COMPETITION TOOL

Florian Wagner-von Papp is Professor of Private and Business Law at the Helmut Schmidt University/University of the Federal Armed Forces in Hamburg (HSU) with a research focus on antitrust/competition law, comparative law and contract design. He joined HSU in 2019 from University College London (UCL) where he had been Professor for Antitrust and Comparative Law & Economics (and where he had been teaching since 2005).

contact: wagnervf@hsu-hhu.de

suggested citation: *Wagner-von Papp, DKartJ 2023, 22*

On 5 April 2023, the German government, represented by Robert Habeck (Vice Chancellor and Minister for the Economy and Climate Protection, The Greens) and Marco Buschmann (Minister for Justice, Liberal Democrats (FDP)) unveiled the Government Bill (RegE in German)⁶ to reform the Act against Restraints of Competition (ARC) in a press conference [in German, but subtitles can be auto-translated]. In the press conference, Vice Chancellor Habeck called the reform the 'biggest reform in decades', 'perhaps the biggest reform since Ludwig Erhard'. Even if one does not want to go as far as that, it is clear that the planned reforms are not just tinkering around the edges. Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp explains the planned reform here. As a service to our readers we also publish a consolidated rough English translation (no official translation) of the government draft that can be downloaded here: [GWB11 engl](#)⁷

The content of the Government Bill can be summarized under the following three headings.

1. Strengthening sector enquiries by introducing, in a Draft-§ 32f ARC (Act against Restraints of Competition = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB),
 - the power for the Bundeskartellamt to order remedies including divestitures, or to accept commitments, where the sector enquiry finds a 'substantial and persisting malfunctioning⁸ of competition' which may, but need not result from an infringement of competition law (similar to UK Market Investigation References in the case of adverse effects on competition or the EU plans for a New Competition Tool), and
 - the power for the Bundeskartellamt to impose on undertakings the obligation to notify all future concentrations where the sector enquiry finds that there are indications that such future concentrations may significantly impede effective competition, provided that the acquirer has a domestic turnover of more than €50m and the target has a domestic turnover of €500,000 in the last business year;⁹
2. strengthening the power to disgorge economic benefits by adding two presumptions to the current text of § 34 ARC: first, the

⁶ https://www.bmwl.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁷ <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2023/05/GWB11-engl.pdf>.

⁸ I have used the phrase 'malfunctioning of competition' here because this is how officials from the Ministry for the Economy and Climate Protection translated the German phrase 'Störung des Wettbewerbs'. The phrase sounds a little clunky. I would be tempted to use 'distortion of

competition' as a more elegant translation for 'Störung des Wettbewerbs'; but this sounds as if the new provision used the formulation contained in Article 101(1) TFEU, while the German phrase in Article 101(1) is a different one, namely 'Verzerrung des Wettbewerbs'.

⁹ This part of the provision (Draft-§ 32f(2) ARC) is a slight modification of the current § 39a ARC, which had already been introduced in the last Amendment to the ARC.

presumption that an infringement of competition law results in a gain to the infringer, and, second, the presumption of a minimum gain in the amount of one per cent of the relevant turnover; and

3. providing for powers for the Bundeskartellamt to support the Commission in the enforcement of the DMA as well as introducing rules to enable and facilitate private enforcement of the DMA.

This blog post will first outline the Draft Bill of September 2022 (I.) before describing the fierce criticism the Draft Bill faced (II.) and the changes made in the Government Bill (III.). After giving my own two cents on the Government Bill (IV.), I briefly attempt a gaze into the crystal ball to assess the chances of the future fate of the Government Bill in Parliament (V.). A risky endeavour, no doubt: As everyone knows, predictions are difficult, especially about the future.

I. The Draft Bill of September 2022

Prior to the Government Bill, a Draft Bill for consultation [in German] had already been published in mid-September 2022 (below II.), and this, in turn, had been preceded by a ten-point competition policy agenda on 21 February 2022 [in German].

The Draft Bill that preceded the Government Bill already contained all the salient features that would later be included in the Government Bill.

1. The German-style New Competition Tool and sector enquiries

The central innovation in the Draft Bill was the new § 32f(3)–(7), introducing a German version of a New Competition Tool, inspired by the UK Part IV market investigation regime and the EU plans for a New Competition Tool (which, in turn, had been modelled on the UK regime).¹⁰ The Explanatory Note argued that the current German regime of prohibiting anticompetitive horizontal or vertical agreements (§ 1 ARC), abuses of dominant positions (§ 19 ARC), abuses of relative or superior market power (§ 20 ARC), and abusive conduct of undertakings of paramount significance for

competition across markets (§ 19a), as well as ex ante merger control (§§ 35 et seq. ARC) was insufficient to protect competition comprehensively. The Explanatory Note identified gaps, for example, for cases of tacit collusion (algorithmic or otherwise), possibly common or cross ownership, or cases of unilateral market power in the absence of discrete abuses. While merger control was meant to protect against market structures arising in which such coordinated or unilateral practices could impede competition, merger control cannot protect against internal growth, against the accumulation of market power in the hands of the remaining undertaking when competitors exit a market, against concentrations that preceded the introduction of merger control, against concentrations that should not have been cleared in the past, or against concentrations that were permitted by ministerial exemption.

On the other hand, the Explanatory Note to the Draft Bill also emphasized that internal growth in particular was generally to be seen in a more positive light, and that the new tool was not meant to stifle the incentive to succeed in competition. The sentiment of the 1945 *Alcoa* judgment that '[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins'¹¹ comes to mind, even if it is not quoted in the Explanatory Note.

In order to fill the gaps identified above, § 32f(3) of the Draft Bill was to enable the Bundeskartellamt to impose all necessary behavioural or structural remedies where, following a sector enquiry, it is established that a 'substantial, continuing or repeated malfunctioning of competition exists on at least one market or across markets'. § 32f(4) of the Draft Bill gave the Bundeskartellamt the power to order undertakings to divest shares or assets, provided that it is to be expected that the divestment substantially reduces or eliminates the malfunctioning of competition, and further provided that no milder yet equally effective remedies are available.

In contrast to the subsequent Government Bill, the Draft Bill contained much less detail and fewer safeguards (see below III.). With a grain of salt, the operative part of § 32f(3) of the Draft Bill version could be reduced to the sentence: 'Where a substantial, continuing or repeated malfunctioning of competition exists

¹⁰ The draft explanatory note gives full credit to both these role models.

¹¹ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

on at least one market or across markets, the Bundeskartellamt may impose all necessary remedies of a behavioural or structural nature on undertakings.' The draft provision mentioned a non-exhaustive list of possible remedies. It did not, however, define the new term 'malfunctioning of competition', and did not even include a systematic list of examples or theories of harm. Instead, it listed (in § 32f(5) of the Draft Bill) a non-exhaustive number of factors which were to be 'considered' when determining a malfunctioning of competition. These included, but were not limited to, the number, size, financial power, and turnover of the undertakings on the relevant market or markets, the market shares and market concentration, cross-shareholdings, market entry or exit barriers, and market outcomes.

In terms of procedural safeguards, § 32f(3) of the Draft Bill contained none, except for the principle of proportionality. § 32f(4) of the Draft Bill allowed for the remedy of divestments only as a last resort and gave the Monopolies Commission and the competition authority in the Land where the undertaking had its seat the opportunity to comment on the Bundeskartellamt's draft order before it was issued. Where the assets to be divested had been acquired based on a final decision of the Bundeskartellamt or the European Commission or a ministerial exemption, divestiture could not be ordered before five years had lapsed since the decision (or, in the absence of Phase II-referral in Germany, the lapse of the time period for referrals).¹²

In lieu of a remedies order, the Bundeskartellamt could make commitments offered by the undertaking binding on them (§ 32f(6) of the Draft Bill).

In addition to the introduction of the 'German NCT', the Draft Bill made a few minor changes in the context of sector enquiries. First, the trigger for sector enquiries is currently that 'rigid prices or other circumstances' raise the suspicion that competition could be restricted or distorted. The Draft Bill deletes the words

'rigid prices or'. Second, the Draft Bill introduces obligations that the sector enquiry should generally be concluded within 18 months, and that any subsequent remedies orders under § 32f(3), divestment orders under § 32f(4), or orders to notify future concentrations under § 32f(2) should be issued within 18 months after publication of the final sector enquiry report. However, the 18-month deadlines are not strictly binding, and there are no consequences attached to non-compliance with these deadlines. Third, the Draft Bill empowers the Monopolies Commission to make recommendations for starting a sector enquiry. While this recommendation is non-binding for the Bundeskartellamt, the Draft Bill requires the Bundeskartellamt to explain its reasons for not starting a sector enquiry if it has not done so within six¹³ months of the publication of the recommendation.

2. Disgorgement of benefits

An additional, but more incremental, aim of the Draft Bill was to render more effective the remedy of disgorging the economic benefits of an undertaking that had infringed competition law.

For more than four decades, the ARC has empowered German competition authorities to disgorge economic benefits from undertakings that have intentionally or negligently infringed competition law. The provision was originally introduced in 1980, then as § 37b ARC 1980, and renumbered as § 34 in 1998, where it is still found today. The provision has achieved hardly any practical significance.

Alternatively to § 34, the competition authority may disgorge the benefits by increasing the fine by the amount of the economic benefit where the competition authority issues a fining decision.¹⁴ Competition authorities, however, avoid splitting the fine into a punishing and a disgorging part because it would require them to quantify the economic benefits caused by the infringement. There is a suspicion that competition

¹² In the Government Bill, this has been extended to 10 years since the decision had become final.

¹³ In the Government Bill, this has been extended to 12 months.

¹⁴ §§ 81 et seq. ARC provides for administrative fines for infringements, and § 81d(3) ARC provides that § 17(4) of the Act on Administrative Offences applies. The latter

provision makes disgorging the benefits of an offence mandatory. However, § 81d(3) ARC modifies this and gives the competition authority the choice either to include a disgorging element to the fine (in which case disgorgement under § 34 ARC can no longer be ordered to the extent the fine disgorges the benefits, § 34(2)1 no. 2 ARC), or to impose a fine purely for purposes of punishment (In which case the economic benefit may be disgorged by way of § 34 ARC).

authorities instead implicitly calculate the fine such that economic benefits of the infringement are disgorged, even when they profess the fine to contain purely punishing elements.¹⁵

The background to the renewed interest in this provision on disgorgement of benefits is that the Russian war of aggression against the Ukraine and the energy crisis led to a sharp rise of oil and petrol prices, and to a sharp rise of profits of some undertakings in the energy sector. As always when petrol prices rise, the public and politicians call for competition law interventions – a call that ultimately tends to remain unheard because it is usually misplaced where a shock to demand or – as here – a shock to supply leads to higher prices. Be that as it may, ‘disgorging benefits’ sounded just like the instrument to help, and so the attention turned to § 34 ARC. However, the provision did not apply to this scenario for several reasons; and – spoiler alert! – even after the now proposed changes, it still would not have applied to the scenario of rising prices in the energy sector to the extent they were caused by a shock to supply without an underlying infringement of competition law.

The Draft Bill sought to make § 34 ARC more effective by proposing three changes: first, deleting the reference to ‘intentional or negligent’ infringements;¹⁶ secondly, adding a presumption that the infringement of competition law leads to economic benefits; and thirdly, adding a second presumption that such an economic benefit amounts to at least one per cent of the relevant turnover.

3. Public and private enforcement of the DMA

The third set of changes concerned the public and private enforcement of the DMA.

1. Public enforcement of the provisions of the DMA is concentrated with the European Commission. However, the DMA leaves some space for support by national competition

authorities. The Draft makes use of this space by introducing a new § 32g, extending the Bundeskartellamt's investigative powers to cases where non-compliance with Articles 5, 6, or 7 of the DMA is suspected, and by extending the jurisdiction of the Bundeskartellamt (§ 50) and the rules on cooperation with other authorities (§ 50f ARC) accordingly.

2. In addition, the Draft Bill creates a private cause of action for damages where Articles 5, 6, or 7 of the DMA are infringed, and extends the procedural provisions on private competition law enforcement (including those on the binding effect of infringement decisions, limitation periods, and the substantive and procedural rules on disclosure) to actions for non-compliance with Articles 5, 6, or 7 of the DMA.

II. Criticism against the Draft Bill of September 2022

The critics against the Draft Bill fell into two camps: those who fundamentally opposed the proposals (especially the German NCT) and those who supported the German NCT in principle but took issue with the details.

1. Fundamental opposition to the proposals

The consultation process revealed general hostility towards the proposals in the Draft Bill on the part of many industry associations. The harshest criticism is directed at the German NCT and the possibility of divestments in § 32f of the Draft Bill. The idea that any undertaking could come into the crosshairs of the Bundeskartellamt without infringing competition law and that the Bundeskartellamt could impose any remedy, including the break-up of undertakings, in case of an ill-defined malfunctioning of competition is labelled as a paradigm shift, a move to an arbitrary market design by the state, and – in the more extreme comments – a move to a planned economy. Some members of the academic community voice similarly fundamental,

¹⁵ Wouter P.J. Wils has shown that the European Fining Guidelines are an approximation for disgorging the economic benefits. Wils, Wouter P. J., The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, No. 2, June 2007, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=962654>. While the German Fining Guidelines differ from the European ones, the

logic would appear to be similar. Kersting, in: Kirk, Offergeld & Rohner (eds), *Kartellrecht in der Zeitenwende*, Nomos 2023, 79, 80f., argues that this implicit disgorgement would be illegal, inter alia, because it would deprive the infringer of the possibility to deduct the disgorging part of the fine for tax purposes.

¹⁶ This proposal is no longer included in the Government Bill.

though generally not quite as drastically worded, criticism. At a minimum, the introduction of a market investigation reference regime moves away from the current paradigm of only addressing *restraints* of competition, and many commentators consider this to be an objectionable fundamental change of paradigm.

2. Qualified support with constructive criticism

Other critics were less fundamentally opposed to the proposal or welcomed the proposals with open arms. Yet even those who support the introduction of the German NCT in principle (full disclosure: Yours truly included) criticized the Draft Bill for its lack of guidance it gave to the addressees on what was to be understood under the new concept of a 'malfunctioning of competition'. The criticism conceded that a crisp and comprehensive definition of a general clause that is meant to act as a gap filler is not possible and that the exact contours of the concept will necessarily remain blurry. However, this should not have prevented mentioning case categories or sample theories of harm. In the UK, where the 'definition' of the 'adverse effect on competition' (AEC) is similarly elusive as the German Draft Bill's 'malfunctioning of competition', the Competition Commission's guidance (adopted by the CMA) points out structural and conduct features, and identifies as potential sources of competitive harm: 1. unilateral market power; 2. barriers to entry and expansion; 3. coordinated conduct by firms, 4. vertical relationships, and 5. weak customer response.¹⁷

Well-meaning critics of the German Draft Bill suggested that a similar catalogue of theories of harm and a corresponding non-exhaustive list of examples would go a long way towards attenuating the industry's concern about legal certainty. Further suggestions for improving the Draft Bill's approach based on the UK experience included a call for clarification that the NCT should only be used where enforcement of the conduct rules was not considered sufficiently promising, and a two-stage, 'fresh-pair-of-eyes' investigation and decision-making process similar to the UK regime (either of the institutional variety, as was the case before the ERRA2013, or of the internal variety, as has been the case within the CMA since the ERRA2013). If these measures should be insufficient to alleviate the industry's concerns, it was proposed that safe harbours could

be considered, eg, to exclude markets where a malfunctioning of competition is unlikely or where the effects would only be *de minimis*.

III. The Government Bill of 5 April 2023

As mentioned in the introduction, the Government Bill was published and presented on 5 April 2023. The Government Bill is in large part and in its main thrust identical to the Draft Bill but puts some flesh on the bare bones of the concept of the 'malfunctioning of competition'. It also introduces a number of procedural safeguards and makes some minor changes to the Draft Bill and its Explanatory Note.

1. Changes to the German NCT in § 32f

- The Draft Bill's wording of the central condition for intervention, the 'substantial, continuing or repeated malfunctioning' (*erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung*), had been criticised: Even if the intended meaning was relatively clear, it seemed to put the three adjectives in an alternative relationship. For example, under a literal interpretation of the Draft Bill's wording, an insubstantial but repeated malfunction would have been caught. The Government Bill now substitutes the unambiguous formulation 'substantial and persisting malfunction' (*erhebliche und fortwährende Störung*) for the Draft Bill's ambiguous wording.
- At the same time, the Government Bill now clarifies in a legal definition that a malfunctioning is 'persisting' if it has existed for at least the past three years and there are no indications that it will disappear, on the balance of probability, within the next two years (§ 32f(5)3 in the version of the Government Bill).
- There is no definition for 'substantial' in the operative part of the Government Bill. The Explanatory Note to the Government Bill (at p. 31) explains that a malfunctioning is 'substantial' if it 'has more than merely *de minimis* effects'. This is a surprisingly low bar for intervention, and not necessarily a bar one would

¹⁷ Competition Commission, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies

(April 2013) CC3 (revised). These were adopted by the CMA.

associate with 'substantial'. It is true that in some contexts, for example when it comes to the qualified effects test in international competition law, 'substantial' is used for what is essentially a mere de minimis threshold. And yet, even though I am fairly trigger-happy when it comes to the enforcement of competition law, in this context, where intervention is not based on an infringement of a discrete prohibition but only on the objective malfunctioning of competition, I would have expected a higher bar for intervention, and 'substantial' usually does denote a higher bar than a de minimis standard.

- The Government Bill introduces the qualification that the substantial and persisting malfunctioning must affect competition on one at least nation-wide market, several markets, or across markets. Given that these are alternatives, and the size of the market volume or the size of several sub-national markets remains undefined, this does not seem to be a high hurdle to overcome.
- Paying heed to the criticism mentioned above (II.), the Government Bill now includes not only the (slightly modified) list of factors to be considered in finding a malfunctioning, but also a non-exhaustive list of examples of categories of theories of harm where a malfunctioning is 'in particular' to be found. Similar to the list in the Competition Commission's guidance (CC3 revised), these categories of theories of harm are: 1. unilateral market power in supply or demand; 2. barriers to entry, barriers to exit, restrictions of capacities or barriers for consumers to switch suppliers; 3. parallel or coordinated conduct; 4. input or customer foreclosure through vertical relationships.¹⁸ The additional list of factors to be considered in finding a malfunctioning now also includes transparency and homogeneity of the goods on the relevant markets, but also 'mitigating' factors such as the degree of innovation on the markets and efficiencies (provided consumers receive an appropriate share).¹⁹
- The Government Bill now includes a condition that, on the basis of the facts as understood at

the time of decision-making, enforcement of the conduct prohibitions against anticompetitive agreements (§ 1 ARC) or abuses of market power (§§ 18 et seq. ARC) must likely be insufficient to counter the malfunctioning appropriately, thus introducing a 'soft subsidiarity' of the application of the German NCT vis-à-vis the existing conduct prohibitions.

- The Government Bill now excludes remedies orders on the basis of sector enquiries based on repeated infringements of consumer law.²⁰ It is not entirely clear what this would mean where such a sector enquiry finds that these infringements result in, for example, a barrier for consumers to switch suppliers, and therefore a malfunctioning of competition.
- With regard to procedure, the Government Bill has made major changes. The process is now divided into three steps.
 - First, there is the sector enquiry, which must precede any finding of a malfunctioning.
 - Second, if the Bundeskartellamt intends to make a finding that there is a substantial and persisting malfunctioning of competition, it is required to issue a corresponding decision and to address this decision to one or more undertakings which, by their conduct, substantially contribute to the malfunctioning of competition.
 - Third, the Bundeskartellamt may, following an oral hearing in which the parties and the Monopolies Commission have a right to be heard,²¹ order remedies or make commitments made by the undertakings binding on them.

The second step, newly introduced in the Government Bill, could delay the process by more than it may at first appear. It allows the addressees to appeal the decision containing the finding of a malfunctioning. While such an appeal does not have suspensive effect, the President of the Bundeskartellamt Andreas Mundt has

¹⁸ § 32f(5)1 of the Government Bill.

¹⁹ § 32f(5)2 of the Government Bill.

²⁰ § 32f(1)2 in the Government Bill's version.

²¹ § 56(7) in the Government Bill's version.

already indicated²² that it seems very unlikely that the Bundeskartellamt would proceed to the third step before the decision about the finding of a malfunctioning has become final.

- The non-exhaustive list of possible remedies now contains the prohibition of unilateral information disclosures where such disclosure could facilitate collusion, which had been conspicuously absent in the Draft Bill.
- The provision on divestment orders (§ 32f(4)) has also been significantly reformed. First, where the Draft Bill allowed divestment orders to be issued against *any* undertaking (provided this contributed to the elimination or substantial improvement of the malfunction), the Government Bill restricts such orders to undertakings in a dominant position or undertakings of paramount significance for competition across markets. Second, procedurally an oral hearing in which the Monopolies Commission has a right to be heard is required before the order. Third, the Government Bill now assigns suspensive effect to appeals against the divestment order. Fourth, the shares or assets only need to be divested if the price offered by the purchaser amounts to at least 50 per cent of the value as assessed by an accountant appointed by the Bundeskartellamt. Fifth, the Government Bill now takes up a suggestion made by the Monopolies Commission and provides for state compensation in some circumstances: where the purchase price offered is lower than the value as assessed by the accountant (but 50 per cent or more than this value), the state will pay 50 per cent of the difference between the value and the purchase price. This means that the addressee of the divestment order will at a minimum receive 75% of the assessed value of the shares or assets.
- Where the shares or assets to be divested had been acquired by way of a concentration reviewed by a competition authority and the concentration had been cleared in a final decision by the European or German institutions (or where the Bundeskartellamt decided not to enter Phase II, or where there was a ministerial

exemption for the concentration), a divestment order cannot be issued for at least 10 years since the date of the decision (or, *mutatis mutandis*, the date in which the period for the decision to enter Phase II expired).

- The Government Bill now provides in § 32f(8) that in the case of regulated sectors (railways, postal services, telecommunications) or regulated electricity or gas networks, the Bundeskartellamt may order remedies under § 32f(3) or order divestments under § 32f(4) only where the Federal Network Authority (*Bundesnetzagentur*) gives its assent. Implicitly, this clarifies that the rules are applicable to these regulated sectors and networks as well.

2. Changes to the disgorgement of benefits

Compared to the significant changes to the NCT in § 32f, the changes to the Draft Bill's rules on disgorging benefits are minor. The Government Bill no longer proposes to delete the requirement that disgorgement is only possible for 'intentional or negligent' infringements. Considering that the disgorgement of benefit is not a rule on damages, but more akin to unjustified enrichment, where we do not require fault for liability, one could quibble with this change. However, given the very low threshold for negligence where competition law infringements are concerned, this is not likely to make any practical difference. The only other change of the Government Bill's wording compared to the Draft Bill is the introduction of a legal definition for the 'period of disgorgement' of five years in § 34(5), and the corresponding rephrasing in § 34(4).

3. DMA enforcement

The only (minor) changes between the Draft Bill and the Government Bill with regard to the changes to the public and private enforcement are the amendments

- that where an infringement of Article 7 DMA is considered possible, the Bundeskartellamt will give the Federal Network Authority an opportunity for comment;
- that the binding effect on courts is extended to the European Commission's designations under Article 3 DMA; and

²² Presentation on 25 April 2023 at the 4th Competition Day of the Markenverband e.V.

- of the full citation to the title of the DMA.

IV. My own two cents: Comments on the Government Bill

From the outset, I considered the proposals in the Draft Bill, in particular the introduction of the NCT in § 32f, to be welcome additions in the armoury of the Bundeskartellamt.

1. Fundamental criticism against the NCT unjustified...

Some of the commentary on the German NCT clearly is over the top. Invoking a 'planned economy', when the NCT does no more than essentially copy the UK's regime of market investigation references in Part IV of the Enterprise Act 2002, is hyperbole far removed from serious discourse. There are quite a few things I would call David Cameron, Theresa May, Rishi Sunak or, in particular, Boris Johnson and Liz Truss with her 'Britannia Unchained' co-author Kwasi Kwarteng as Chancellor, but 'socialist' is not necessarily the word that comes spontaneously to mind.

I also did not, and still do not, share the fundamental criticism that the NCT is incompatible with the ordoliberal approach. The original ordoliberal approach, as proposed in the *Josten Draft* of 1949 (co-authored by Franz Böhm), would have eliminated any economic market power not achieved by pioneering initiatives. It would have done so by breaking up entities with market power if the 'position of power could not be otherwise eliminated on a permanent basis' (§ 15 of the *Josten Draft*) – in other words, the *Josten Draft* did include the possibility of divestments (or other remedies) even in the absence of infringing conduct. This approach was suggested not because the drafters did not know any better: they deliberately chose to address the issue of market power at its roots rather than address market power only once it was abused.²³ Market interventions would have been even more radical under Walter Eucken's proposals for as-if-competition.²⁴

Following intense lobbying by the German Industry Association BDI, the *Josten Draft* never became law.

Instead, under the ARC as eventually passed, existing positions of market power were left unaffected, and the decision not to include merger control in the original ARC led to further unchecked concentration. Starting from a skewed playing field, simply invoking von Hayek's competition as a discovery process does not guarantee that efficient competitors face contestable markets. Intervening where markets are not contestable in order to open up markets to competition, even in the absence of restrictive agreements or discrete abusive conduct, hardly goes against the teachings of Eucken and Böhm.

It is true that the introduction of the German NCT means that we are moving from a system characterized by deficient coverage – leaving gaps such as tacit collusion with or without facilitating practices – to a system including a general clause that could potentially be stretched to cover too much or to allow remedies that go beyond that which would be necessary. Reasonable minds can differ on which side to err. However, there have always been regrettable gaps in the enforcement armour, in particular when it comes to oligopolies. Newer developments mean that these gaps are widening: Algorithmic collusion and the parallel use of the same algorithm will exacerbate the problem of tacit collusion. Digital conglomerates with their ecosystems foreclose large parts of the economy to dynamic newcomers because of network effects and advantageous access of data. Developments in the financial world mean that new gap cases may come into existence, such as potential problems with common ownership, or old ones may become more frequent, such as minority shareholdings in competitors or interlocking directorates. Given these developments, I consider it preferable to err on the side of a competition law instrument that allows for intervention.

2. ... but calls for more detail than in the Draft Bill were justified – and have been heard

That is not to say that one need not be careful when intervening on the basis of an instrument like the German NCT. Where there are competition law *infringements*, the trigger for intervention is (moderately) well

²³ Walter Bauer, Franz Böhm, Durt Fischer, Paul Josten, Wilhelm Köppel, Wilhelm Kromphard & Bernhard Pfister, *Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und*

Minderheitsgutachten, presented to the Director of the Administration of the Economy Ludwig Erhard on 5 July 1949, pp. 119-120.

²⁴ Eg, Walter Eucken, ORDO 2 (1949) 68.

defined, and remedies can be surgically tailored to removing the infringement. In contrast, interventions without infringements, based on a general malfunctioning of competition, do not put similarly defined boundaries on remedies. This must not result in the competition authority designing markets by doing more than removing the obstacle identified. This danger needs to be borne in mind, but this is also true under the already existing law in the many cases in which commitment decisions are issued.

The German NCT as it was designed in the original Draft Bill of September 2022 gave very little contextual information, and instead provided for a general clause with ill-defined contours. Based on the Draft Bill, it would have been difficult for undertakings to foresee in which circumstances they might face interventions, and difficult for courts to assess whether remedies imposed were substantively legal because there was no yardstick against which to measure legality; appeals would arguably only have been restricted to a proportionality review. The Draft Bill also lacked procedural safeguards. In essence, one had to trust the Bundeskartellamt to practice self-restraint. While such trust would arguably be justified,²⁵ it has to be conceded that it is best not to build on trust alone when an institutional set-up is designed.

The Government Bill has paid heed to the criticism levied against the Draft Bill and taken great pains to address the deficiencies of the Draft Bill (above III.). Of course, not all uncertainty has been removed from the German NCT. Some uncertainty is inevitable where a general clause is meant to fill the enforcement gaps in a dynamic environment. However, § 32f(5) with its list of examples and factors to be considered, while non-exhaustive, gives a clear idea what circumstances may result in interventions based on what theories of harm. The close modelling of the German NCT on the British Part IV regime allows drawing parallels to the corresponding case law for orientation. The level of detail of § 32f in the Government Bill's version is sufficient for a court to assess whether the Bundeskartellamt has made a credible case that a malfunctioning exists, and to assess whether the remedies are proportionate to the

aim of eliminating that malfunction. The restriction that the Bundeskartellamt may choose as addressees only those undertakings that contribute substantially is a sensible focusing of enforcement energy, and at the same time removes the anxiety of smaller players that they could be caught in the net.

3. Yet more room for improvement? The case for a fresh pair of eyes

There is one additional procedural safeguard I would have liked to see that is not (yet?) to be found in the legislative proposal: the requirement for a 'fresh-pair-of-eyes' approach such as the one in the institutional set-up in the UK before the ERRA2013 or the one that is now replicated within the CMA. The necessarily vaguer concept of a malfunctioning of competition compared to a competition law infringement leaves greater leeway for differences of opinion whether a competitive situation amounts to a malfunctioning and whether intervention is justified (and if so, what the appropriate remedies are). There is a danger of commitment bias and confirmation bias on part of even a well-meaning enforcer where that enforcer has spent substantial time and effort in investigating a market or markets.

It is true that there is the possibility of appealing the Bundeskartellamt's decision to the courts, so that there is a 'fresh pair of eyes' at that stage. The Government Bill has strengthened this possibility by allowing appeals against the finding of a malfunctioning at the second stage even before remedies are ordered at the third stage. Yet, the softer boundaries of the concept of a malfunctioning mean that the courts will arguably pay greater deference to the competition authority's institutional advantages. Courts are institutionally not well-suited to replicate the broad investigation into an entire sector. While there is no formal limitation to the judicial-review standard (as is the case in the UK), de facto the yardstick under the German regime will not be very different. At the same time, the softer boundaries of the concept of malfunctioning of competition also mean that court supervision of remedies will not be as strict as in the case of infringements of

²⁵ Critics hastened to add that they trusted Andreas Mundt, but often added that one did not know who would follow him as the next President of the Bundeskartellamt. This reveals a misunderstanding of the President's role within the Bundeskartellamt. The Bundeskartellamt's decisions are

handed down by independent Decision Panels, without influence by the President.

competition law (although supervision will still be stricter than in the case of commitment decisions, because there the argument is that the parties agreed to the remedies).²⁶

For these reasons, I would have preferred a fresh-pair-of-eyes approach *before* the administrative decision is issued. The *Josten Draft* of 5 July 1949 provides an interesting three-stage blueprint. It suggested that before a divestment order, at the first stage the undertaking should be given three months to propose a plan. If this plan was not forthcoming, or if it was not satisfactory, the competition authority should then propose its own plan to the Minister for Economic Affairs. If the Minister agreed with the plan, it would be implemented. If the Minister did not agree, the competition authority's plan would be put to a select committee of the German Bundestag; if it agreed, the plan would be implemented.

The first stage of the *Josten Draft* is already part of § 32f, because the rules on commitment decisions (§ 32b ARC) are included by reference. It seems very likely that in practice many, if not most, § 32f investigations will end in commitment decisions, if only because the breadth of potential remedies in a remedies order gives the competition authority a powerful threat point.

The introduction of the second and third stages of the *Josten Draft* could, first, address the problem of commitment and confirmation bias mentioned above; they would provide a 'fresh pair of eyes'. This was the reason why the *Josten Draft* proposed them. Additionally, the requirement of consent of political actors (either the Minister or the select committee) would acknowledge the fact that the new instrument is one that straddles the line between competition law enforcement and regulation.

The proposal faces three potential objections: procedural inefficiency; reduced incentives for the competition authority to expend resources on investigations; and politicization of competition law.

First, any 'fresh-pair-of-eyes' approach necessarily brings with it costs in the form of delays, effort, and money. This is why in the UK the institutional duplication of the investigations by the OFT and the Competition Commission was abandoned in the ERRA2013, and why the intra-institutional duplication within the CMA was softened by allowing individuals from the Phase I team into the Phase II team. Ideally, the second stage should not try to replicate the entire decision-making process but should restrict itself to a plausibility and appropriateness analysis with tight time-limits. The additional delay should not be such as to deprive the NCT of its practical effectiveness.

Second, a review of the decision by another actor may reduce the Bundeskartellamt's willingness to expend substantial resources on an investigation if there is a danger that these resources will be wasted where assent by the second-stage decision maker is not forthcoming. However, the *Josten Draft*'s proposal alleviates this concern by giving the competition authority three bites at the apple by requiring *alternatively* the assent by the undertaking, the Minister, *or* the select committee.

The third potential objection is not a general one against a fresh-pair-of-eyes approach but specifically one against participation of the Minister or the select committee in the decision-making process. Such participation of political actors may lead to a politicization of competition law. The German experience with ministerial exemptions in merger cases has indeed not been a happy one.

²⁶ Whether that argument is persuasive is a separate question. For my views see Florian Wagner-von Papp, 'Best and Even Better Practices in Commitment Decisions after

Alrosa: The Dangers of Abandoning the Struggle for Competition Law' (2012) 49 CMLRev 929.

The problem is arguably less problematic when it comes to the German NCT, because this instrument straddles the lines between competition law enforcement and regulation anyway. The Bundeskartellamt would retain the power of initiative and would be the only player able to design the content of the remedies order. In other words, it would remain *primus inter pares* among the decision makers; the Minister or the select committee should only be able to give assent to the draft order (*vel non*), but not to influence its content.

V. Likelihood of the Government Bill passing into law

Despite the not insubstantial blowback against the Draft Bill and to a lesser extent the Government Bill, it seems likely that the NCT proposal will pass into law. Two of the three coalition partners have nailed their flags to the mast. The initial bill was drafted by the Ministry for the Economy and Climate Protection under leadership of a Minister from the Greens. It seems unlikely that the Greens in Parliament will be impressed by the criticism against the bill. For those on the left wing of the Greens, state intervention is not a problem to begin with, and for those on the moderate wing of the Greens, the intervention to strengthen competition in non-functioning markets is a way to raise consumer welfare while respecting the logic of a competitive market economy.

The liberal party (FDP) has, in principle, also been a supporter of the proposal. They had, while in a different coalition with the Christian Democrats and under a different Minister for the Economy (Rainer Brüderle, FDP), introduced a proposal for the introduction of a power to order divestitures even in the absence of a competition law infringement back in the year 2010. This proposal had failed, among other things because their then-coalition partner CDU/CSU did not sufficiently support the proposal and because the proposal did not provide for any milder means; given that divestitures are a last resort only and very unlikely to be ordered, the 2010 bill had been considered largely a symbolic one.

This background is likely to strengthen the FDP's resolve to make the current Government Bill succeed in Parliament. Both Robert Habeck (Greens) and Marco Buschmann (FDP) emphasized the 'origin story' of the new competition tool being the direct descendant of the Brüderle Draft of 2010 in the press conference presenting the Government Bill on 5 April 2023. The FDP in Government has therefore committed to the bill, not by grudging support for a proposal by the Greens, but by taking (co-) ownership. Invoking the Brüderle-Draft also means that a renewed failure to pass the Bill would result in a political embarrassment to the FDP.

Nevertheless, it is possible that the FDP in Parliament may be in two minds about the Government Bill. The FDP has always been torn between a liberal instinct to protect free and undistorted competition on the one hand and a certain proximity to industry associations on the other. It seems likely that FDP support for the Government Bill in Parliament will not be undivided, and it is quite possible that the FDP will seek to make amendments to the Government Bill (possibly by introducing a fresh-pair-of-eyes approach?).

The SPD has not made any similar public precommitment to the Bill, except for not stopping the Government Bill from passing Cabinet scrutiny. The coalition agreement between the SPD, Greens, and FDP had provided for support for a power to order divestitures independently of a finding of an infringement of competition law, but only on the *European* level.²⁷ While the SPD is therefore not equally invested in the project as

the Greens or the FDP, it seems likely that they will support the project.

Of course, it is difficult to predict whether modifications will be made along the legislative process, and if so, of what kind. It is to be hoped that the German NCT will become law and that any amendments to the bill will not deprive the instrument of its practical effectiveness.

Alexander Kirk/Philipp Bongartz, Düsseldorf

CONFERENCE DEBRIEFING (36): EU COMPETITION CONFERENCE

Alexander Kirk und **Philipp Bongartz** sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Kontakt: Alexander.Kirk@hhu.de; Philipp.Bongartz@hhu.de

Zitiervorschlag: *Kirk/Bongartz, DKartJ* 2023, 33

*Es gibt zwei Arten von Besuchern in Brüssel: Die einen verbringen den Donnerstagabend auf dem Flux, staunen beim Blick des strahlend erleuchteten Grand-Place und kehren heim mit Schlafmangel und belgischen Pralinen im Gepäck. Die anderen tummeln sich auf Konferenzen, lauschen andächtig den Gedanken der Größen der Kartellrecht-Community und träumen auf dem Rückweg in den roten Polstern des Thalys vom more economic approach. Die Autoren dieses Beitrags verbanden in 26 Stunden Brüssel beides. **Alexander Kirk** und **Philipp Bongartz** schildern ihre Highlights der EU Competition Conference.*

30 Sekunden Ruhm mit Andreas Mundt

Nachdem die letzte Konferenz 2021 virtuell stattfand, war dieses Jahr das Who is who des europäischen Wettbewerbsrechts in persona in Brüssel. Dabei durfte

natürlich Andreas Mundt nicht fehlen, der Präsident des Bundeskartellamts. Woran man erkennt, dass Mundt ein VIP-Gast ist, erklärte

Co-Gastgeber Michael Bauer (CMS) zu Beginn: Andere Gäste rühmten sich, mit ihm im Aufzug gefahren zu sein. (Ob Olivier Guersent damit geprahlt hat, dass er im Fahrstuhl neben uns stand, wissen wir nicht.)

Im Interview mit Bauer und Annemieke Hazellhoff (CMS) sprach Mundt über die Regulierungsdichte in Deutschland und Europa, also die wachsende Fülle an neuen Verordnungen, Gesetzen, Leitlinien und anderen Mitteilungen der Kommission. Mundt erklärte dies damit, dass in einer sich schnell ändernden Welt viele Regeln angepasst werden müssen (wenn ihm auch nicht jede Änderung zwingend erschien).

Ein Schwerpunkt des Interviews lag auf dem Thema Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die in den neu entworfenen Horizontalleitlinien der Kommission ein viel beachtetes Kapitel einnehmen – und auf der Konferenz noch in einem eigenen Panel von Daniela Esposito

²⁷ Additionally, the coalition agreement had envisioned empowering the Bundeskartellamt to investigate and impose remedies where ‘substantial, persistent or repeated infringements of consumer protection law’ occurred (a formulation that closely resembles the wording of the Draft Bill of August 2022, where it was the ‘substantial,

persistent or repeated distortion of competition’ that allowed intervention). Curiously, the Government Bill, which allows the imposition of remedies where a ‘substantial continuing or repeated distortion of competition’ is found, excludes sector enquiries that are based on repeated infringements of consumer protection laws.

(Akzo Nobel) und Dirk Middelschulte (Unilever) diskutiert wurden.

Mundt behalf sich angesichts der Schwierigkeiten, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Einklang zu bringen, mit einer Fußballwahrheit: „das Runde muss ins Eckige“. Hierfür diskutiere man intern, mit der Bundesregierung und auf Konferenzen („if anyone of you has a better idea“) verschiedene Ansätze – auf Basis eines „Menüs“ an Vorschlägen, das Wissenschaftler:innen der HHU vor Kurzem präsentiert haben. Den besten Beitrag des BKartA – eigene Guidelines seien nicht geplant, höchstens ein die Fallpraxis zusammenfassendes Paper – sieht Mundt darin, Fälle zu entscheiden: „We want cases!“ In Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen ermutigte er kooperationswillige Unternehmen zum Dialog mit der Wettbewerbsbehörde: Ein Großteil enthalte bereits keine Wettbewerbsbeschränkung oder Probleme ließen sich im Rahmen des Aufgreifermessens lösen.

Mundt bezog auch Stellung zur 11. GWB-Novelle, insbesondere der geplanten Sektoruntersuchung mit missbrauchsunabhängigen Abhilfen. Denkbar sei die Anwendung dieses „New Competition Tools“ in vielen Märkten mit hoher Konzentration. Schon aufgrund des langwierigen Verfahrens handle es sich aber nicht um ein Instrument, um kurzfristige ~~Benzin~~Preissenkungen herbeizuregulieren. Für einen exemplarischen Fall, in dem eine missbrauchsunabhängige Abhilfe geboten war, verwies Mundt auf die britischen Flughäfen: Nachdem die britische Wettbewerbsbehörde diesen im Jahr 2009 mangelnden Wettbewerb bescheinigt hatte, musste die Heathrow Airport Holdings (damals: BAA) die Flughäfen Gatwick, Edinburgh und Stansted veräußern. Die Bilanz der CMA fiel positiv aus: mehr Passagiere, geringere Preise, besserer Service. Über schlechten Service beschwerte sich Mundt übrigens in Bezug auf eine Plattform, über die er einen Flug reserviert und später umgebucht hatte. Wer weiß, wie das HRS-Verfahren seinen Anfang nahm, kann sich die Schweißperlen von der Stirn wischen: Einen Anlass für eine Sektoruntersuchung gebe es nicht.

Das Netz weit ausgeworfen

...hat Guillaume Lorient, höchster Beamter des europäischen Fusionsreaktors und stellvertretender Generaldirektor der DG COMP. Im Interview mit den Anwälten Christoff Soltau und Dieter Zandler (CMS) sprach er

über den 2021 erlassenen Leitfaden der Kommission zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO. Im Wesentlichen regt die Kommission an, dass mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden (NCAs) an sie auch Zusammenschlüsse verweisen, die nicht die nationalen Aufgreifschwelle erfüllen. Im Anwendungsfall Illumina/Grail (2022) gab das EuG der neuen Praxis seinen Segen. Lorient verteidigte die neue Handhabung des Verweisungssystems: Damit bezweckt und erreicht worden sei mehr Flexibilität bei der Fusionskontrolle. Geplante Zusammenschlüsse (2022: ca. 20 Vorhaben) kämen durch Verweisungen der NCAs, Beschwerden oder die Parteien selbst zur Aufmerksamkeit der Kommission. Die Mehrheit der Verfahren ließe sich in informellen Gesprächen lösen, ohne dass es einer Anmeldung bedürfe. Auf Nachfrage, ob es unter den NCAs auch Widerstände gegen die neue Praxis gebe, betonte Lorient, dass der Leitfaden für die Behörden nur eine Möglichkeit, jedoch keine Verpflichtung schaffe.

Im Gespräch über die EU-Fusionskontrolle ging es auch um das Verfahren Towercast. In der Entscheidung des laufenden Jahres hat der EuGH entschieden, dass Art. 102 AEUV eine ex post-Kontrolle von Zusammenschlüssen ermöglicht. Zwar hatte das Gericht diese Ansicht vor 50 Jahren schon einmal geäußert. In der Zwischenzeit wurden allerdings Fusionskontrollsysteme in der EU und allen Mitgliedstaaten außer Luxemburg eingeführt. Gefragt, ob er nun eine Durchsetzungswelle der NCAs erwarte, zeigte sich Lorient gelassen: Das Verfahren zeige die Sensibilität des EuGH für Durchsetzungslücken, wie sie auch bei den Behörden und dem Gesetzgeber vorhanden sei (Stichwort: Art. 14 DMA). Die nachträgliche Kontrolle von Zusammenschlüssen sei aber nur ein Sicherheitsnetz – die Priorität liege weiterhin auf dem formalisierten ex ante-System.

Chabos wissen, wer der Babo ist

Lorient's Chef Olivier Guersent, Generaldirektor der DG COMP, wurde von Rupprecht Podszun (HHU) und Dirk Van Liedekerke (CMS) vernommen. Auf die höfliche Eingangsfrage „How are you?“ schüttete Guersent sein Herz aus: Er und seine Mitarbeiter:innen seien müde und erschöpft, gute Leute hätten Burn-outs, die Krisen würden an DG COMP zehren. Dann ging es aber für Guersent auch schon wieder im Galopp durch das Wettbewerbsrecht: In den Pandemie Jahren wurde

anscheinend jeder ins State Aid-Team zurückbeordert, der schon einmal einen Frappuccino bei Starbucks bestellt hat oder mit der Lufthansa geflogen ist, es ging an die grundlegenden Fragen („competition is not a goal, but a tool“) und – oder einschließlich? – die Revision der Horizontalleitlinien.

Von dort war der Sprung nicht weit zum zwanzigjährigen Jubiläum der VO (EG) 1/2003. Als die große Innovation der VO pries Guersent das System der Selbstveranlagung („never get back to notification“). Für die bevorstehende Revision der Kartellverfahrensverordnung wünscht er sich, dass es gegen die Zurückweisung von Beschwerden keinen Rechtsschutz mehr gibt. Beschwerden selbst hieß er zwar ausdrücklich willkommen, da sie ein wesentlicher Anstoß für neue Verfahren seien. Ein erheblicher Teil seines Personals sei aber damit beschäftigt, Beschwerdeführern zu erklären, warum sich die Kommission nicht darum kümmern mag, ob ein Judoka an Olympia teilnehmen dürfe.

Natürlich vergeht kein Regulierungs-Talk ohne eine Frage zum Digital Markets Act (DMA). Marc van der Woude, Präsident des EuG, hatte zuletzt mitgeteilt, er rechne mit einer „wave of litigation“ zum DMA. Guersent hat daran keinen Zweifel: Anwälte liebten es, neue Rechtsakte zu testen – warum solle es beim DMA anders sein? Umso mehr sei damit zu rechnen, weil schon vermeintlich einfache Fragen streitbar seien, z.B. was ein zentraler Plattformdienst ist.

Für den Umgang der (europäischen) Gerichte mit dem DMA hatte Guersent übrigens noch einen seltenen Rat der Exekutive parat: „A good way not to get paralyzed is to reject quickly!“

The new kid on the block

Der DMA bekam natürlich auch ein eigenes Panel – schließlich gilt er seit wenigen Tagen (2. Mai). In der mit Sophie Gappa (BMWK), Gerhard Klumpe (LG Dortmund) und Carel Maske (Microsoft) besetzten und von Björn Herbers und Szabolcs Szendro (CMS) moderierten Runde herrschte wenig Flitterwochen-Atmosphäre: „The DMA is like a marriage. First, you are happy when it is concluded but then the real work starts.“ (Gappa)

Klumpe warnte davor, zu viel Hoffnung auf die DMA-Durchsetzung vor Gerichten zu setzen. (Maske nickte

bestätigend.) Gappa konterte, dass es einfacher sei, einen Katalog von Dos und Don'ts umzusetzen als die generelle „Be good“-Anforderung des Art. 102 AEUV. Wir meinen: Es bringt nichts, Auslegungsschwierigkeit „künstlich herbeizufabulieren“. Lasst uns das tun, wofür (wir) Jurist:innen ausgebildet wurden: Gesetze auslegen.

Maske verriet am Ende noch, dass Microsoft (wohl) Gatekeeper aufgrund von mindestens zwei zentralen Plattformdiensten wird: Neben dem Windows-Betriebssystem – quelle surprise! – reiße auch Bing die Schwellen. Er nahm es mit Humor: „Bing – that search engine that you should be using but only use to find Google“.

Let's wrap it up

Der Platz und die Geduld der Leser:innen sind zu knapp bemessen, als dass wir hier jede der spannenden Diskussionen en detail nacherzählen könnten, daher wechseln wir jetzt in den Urteilsstil:

Miguel Pérez (AB InBev), Aleksandra Boutin (Positive Competition, Ex-Kommission) und Carlos Végez (CMS) diskutierten unter Moderation von Malgorzata Urbanska (CMS) intensiv über die neuen Kommissions-Richtlinien zu vertikalen Beschränkungen. Dabei standen weniger die tatsächlichen Inhalte in der Kritik, sondern mehr, dass die Richtlinien nicht die gravierenden Änderungen im Markt und im Case Law widerspiegeln würden.

In drei „focus sessions“ ging es um private enforcement, die Foreign Subsidies Regulation und die Investitionskontrolle. In der letzten saß u.a. Kai Neuhaus (CMS), der den ganzen Tag über humoristisch-eloquent durch die Veranstaltung führte. Bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung – diskutiert mit Christian Kersting (HHU) – sorgte Avantika Chowdhury (Oxera) für ein denkwürdiges Zitat: „As an economist I have an issue with [legal] presumptions – it is just arbitrary“.

Das war eine Steilvorlage für das letzte Panel, in dem es zwischen Ökonominen und Juristen hoch her ging: Diskutiert wurde der neue Aufschlag der EU-Kommission zu Art. 102 AEUV, zu dem es nun endlich Leitlinien geben soll (nachdem dieses Vorhaben einst gescheitert war und nur die sogenannten Enforcement Priorities übriggeblieben waren). Damien Gerard (Belgische Wettbewerbsbehörde), der aus einer Towercast-Hearing zum Panel hetzte, Simone Kohnz (ECA

Economics) und Co-Gastgeber Rupperecht Podszun (HHU) stritten um die Deutungshoheit über das Kartellrecht: Welche Rolle soll die Ökonomie in der Einzelfall-Betrachtung von Missbrauchsfällen haben? Mit dem gewieften Moderator Brian Sher (CMS) wurde es noch einmal richtig emotional – to be continued. (Die Position von Podszun und Tristan Rohner zur Art. 102-Konsultation lässt sich übrigens hier nachlesen.)

Das krönende Finale fand in einer beeindruckenden Location statt: In (!) dem BELvue Museum unmittelbar am/im Königspalast gab es bei phänomenalem Blick Sekt Champagnerempfang und Dinner. Dabei sprach Mr. DMA himself Andreas Schwab (der auch beim DMA Lunch Talk am 23.5.2023 dabei sein wird) über das Verhältnis von Regulierung und Wettbewerb in der Union. Was danach auf dem Plux passierte, bleibt auf dem Plux. Wir freuen uns auf die nächste Aufzugfahrt in Brüssel!

Alexander Kirk/Philipp Bongartz, Düsseldorf

CONFERENCE DEBRIEFING (36): EU COMPETITION CONFERENCE (English Version)

Alexander Kirk und Philipp Bongartz are research associates at the Chair of Civil Law, German and European Competition Law at the Heinrich Heine University Düsseldorf.

contact: Alexander.Kirk@hhu.de; Philipp.Bongartz@hhu.de

suggested citation: *Kirk/Bongartz, DKartJ* 2023, 36

There are two types of visitors to Brussels: some spend Thursday evening on the Plux, marvelling at the view of the spectacularly illuminated Grand-Place and return home sleep-deprived with Belgian chocolates in their trunks. The others spend their time at conferences, absorbing the thoughts of the stars of the antitrust community and dreaming of the more economic approach on the way back in the red cushions of the Thalys. The authors of this article combined both in 26 hours in Brussels. Alexander Kirk and Philipp Bongartz describe their highlights of the EU Competition Conference.

30 seconds of fame with Andreas Mundt

After the last conference in 2021 took place virtually, the who's who of European competition law met in person this year. Andreas Mundt, President of the Bundeskartellamt, was of course a must-have. Co-host Michael Bauer (CMS) opened the talk with Mundt by explaining how you can tell that Mundt is a VIP:

other guests boasted of riding up the elevator with him. (We don't know if Olivier Guersent bragged about standing next to us in the elevator, too).

In the interview with Bauer and Annemieke Hazellhoff (CMS), Mundt talked about the regulatory density in Germany and Europe, i.e. the growing abundance of new regulations, laws, guidelines and other communications from the Commission. Mundt attributed this to the fact that in a fast-changing world, many rules require adaptation (even if not every change seemed mandatory to him).

One focus of the interview was on the topic of sustainability agreements, which are given a lot of attention in the Commission's draft Horizontal Guidelines – and were further discussed at the conference in a separate panel by Daniela Esposito (Akzo Nobel) and Dirk Middelschulte (Unilever).

In view of the difficulties of reconciling competition and sustainability, Mundt relied on traditional German football wisdom: "the round has to go into the square" – "*das Runde muss ins Eckige*". According to him, the Bundeskartellamt is discussing various approaches internally, with the federal government (regulation?) and at conferences ("if anyone of you has a better idea..."). The proposals recently presented by researchers from the Heinrich-Heine University (sorry,

only in German, but with an English summary) form the basis as a “menu” of suggestions. Mundt sees the best contribution of the Bundeskartellamt – guidelines are not planned, at the most we can expect a paper summarising case practice – in deciding cases: “We want cases!” With regard to sustainability agreements, he encouraged companies willing to cooperate to enter into dialogue with the competition authority: A large part of them do not restrict competition, Mundt said, otherwise problems can be dealt with by employing the authority’s discretion.

Mundt also commented on the 11th amendment to the German competition act, in particular the planned sector enquiry with abuse-independent remedies. This “New Competition Tool” may be applied in many markets with a high degree of concentration. However, due to the lengthy procedure, the instrument could not be used to regulate short-term petrol price reductions. For an exemplary case in which an abuse-independent remedy was required, Mundt referred to the British airports: After the UK competition watchdog had certified a lack of competition at these airports in 2009, Heathrow Airport Holdings (at the time: BAA) had to sell Gatwick, Edinburgh and Stansted. The evaluation was positive: more passengers, lower prices, better service. Incidentally, Mundt complained about poor service of a platform through which he had reserved a flight and later rebooked it. Anyone who knows how the HRS proceedings got started can wipe the sweat from his brow: It was understood that Mundt sees no reason for a sector enquiry.

The big picture

...was covered with Guillaume Lorient, highest official in European merger control and Deputy Director-General of DG COMP. In the interview with CMS lawyers Christoff Soltan and Dieter Zandler, he spoke about the Commission’s 2021 Guidance on the application of the referral mechanism under Art. 22 ECMR. The Commission essentially encourages Member State Competition Authorities (NCAs) to refer to them mergers that do not meet the national thresholds. In *Illumina/Graile* (2022), the General Court gave its blessing to the new practice. Lorient defended the new approach: it achieves the intended increase in flexibility in merger control. Such mergers (2022: approx. 20 transactions) would come to the attention of the

Commission through referrals by the NCAs, complaints or the parties themselves. The majority of proceedings could be resolved in informal discussions without the need for notification. When asked about opposition to the new practice among NCAs, Lorient stressed that the guidance only creates an opportunity for authorities, not an obligation.

The discussion on mergers continued with the Towercast saga. In this year’s decision, the ECJ ruled that Art. 102 TFEU allows ex post control of mergers. Admittedly, the court had already taken this view 50 years ago. In the meantime, however, merger control systems had been introduced in the EU and all member states except Luxembourg. Asked whether he now expected a wave of enforcement by the NCAs, Lorient remained calm: The case would show the ECJ’s sensitivity to enforcement gaps which authorities and legislator see (as evidenced by Art. 14 DMA). However, the ex-post control of mergers would only be a safety net – the focus remains on the formalised ex ante system.

The big boss

Lorient’s boss Olivier Guersent, Director-General of DG COMP, was interviewed by Rupperecht Podszun (HHU) and Dirk Van Liedekerke (CMS). In response to the polite opening question “How are you?” Guersent answered open-hearted: He and his staff were tired and exhausted, good people had burn-outs, the crises were draining DG COMP. But then Guersent went galloping through competition law: during the pandemic, apparently everyone who had ever ordered a Frappuccino at Starbucks or flown with Lufthansa was assigned to the State Aid team, the interview then went on to the fundamental questions (“competition is not a goal, but a tool”) and – or as one of them? – the revision of the Horizontal Guidelines.

From there, it was not far to the twentieth anniversary of Regulation (EC) 1/2003. Guersent praised the system of self-assessment (“never get back to notification”) as the great achievement of the Regulation. For the upcoming revision of the Regulation, he wished that there would no longer be legal recourse against the rejection of complaints. Guersent expressly welcomed complaints, as they were an essential impetus for new proceedings. However, he does not want to

see a considerable part of his staff engaged in explaining to complainants why the Commission might not care whether a judoka was allowed to participate in the Olympics.

Of course, no competition law ~~regulation~~ talk goes by without a question on the Digital Markets Act (DMA). Marc van der Woude, President of the General Court, recently said that he expects a “wave of litigation” on the DMA. Guersent has no doubt about this: lawyers would love to test new legal acts – why should it be any different with the DMA? This would be all the more likely because even supposedly simple questions are disputable, e.g. what constitutes a core platform service.

As for how the (European) courts should deal with the DMA, Guersent also had a rare piece of advice from the executive at hand: “A good way not to get paralyzed is to reject quickly!”

The new kid on the block

Of course, the DMA also got its own panel – after all, it has just recently entered into force (2 May). However, the panel with Sophie Gappa (BMWK), Gerhard Klumpe (LG Dortmund) and Carel Maske (Microsoft), hosted by Björn Herbers and Szabolcs Szendro (CMS), did not convey much of a honeymoon atmosphere: “The DMA is like a marriage. First, you are happy when it is concluded but then the real work starts.” (Gappa)

Klumpe warned not to put too much hope in DMA enforcement in the courts. (Maske nodded affirmatively.) Gappa countered that it was easier to implement a catalogue of dos and don’ts than the general “be good” requirement of Art. 102 TFEU. In our opinion, there is no point in “artificially” fabricating difficulties of interpretation. Let us do what (we) lawyers were trained to do: interpret the law.

At the end, Maske revealed that Microsoft will (probably) be designated as a gatekeeper due to at least two core platform services: Besides the Windows operating system – quelle surprise! – Bing also reaches the thresholds. He took it with a sense of humour: “Bing – that search engine that you should be using but only use to find Google.”

Let’s wrap it up

Space and the patience of readers are too limited for us to recount all the exciting discussions in detail, so let us speed it up:

Miguel Pérez (AB InBev), Aleksandra Boutin (Positive Competition) and Carlos Végez (CMS) discussed the new Commission guidelines on vertical restraints under the moderation of Malgorzata Urbanska (CMS). The criticism was less about the actual content, but more about the fact that the guidelines failed to reflect the serious changes in the market and in case law.

Three “focus sessions” dealt with private enforcement, the Foreign Subsidies Regulation and investment control. Kai Neuhaus (CMS), who lead through the event in a humorous and eloquent way, was – among others – part of the third session. Dealing with the first topic – discussed with Christian Kersting (HHU) – Avantika Chowdhury (Oxera) delivered a memorable quote: “As an economist I have an issue with [legal] presumptions – it is just arbitrary”.

A perfect starting point for the last panel, in which economists and lawyers got into a heated discussion: The debate was about the EU Commission’s new proposal on Art. 102 TFEU, for which there will now finally be guidelines (after this project had once failed and only the so-called Enforcement Priorities had prevailed). Damien Gerard (Belgian Competition Authority), who rushed to the panel from a *Towercast* (!) hearing, Simone Kohnz (ECA Economics) and co-host Rupprecht Podszun (HHU) argued about who or which profession should be dominant in setting the standards for abuse proceedings: What role should economics have in the case-by-case consideration of abuse cases?

With skillful moderator Brian Sher (CMS), things got really emotional once again – to be continued. (By the way, the position of Podszun and Tristan Rohner on the Art. 102 consultation can be read here).

The grand finale took place in an impressive location: In (!) the BELvue Museum directly next to/in the Royal Palace, we enjoyed a champagne reception and dinner with a phenomenal view. Mr. DMA himself Andreas Schwab (who will also be at the DMA Lunch Talk on 23.5.2023) spoke about the relationship between regulation and competition in the European Union. What happened afterwards on the Plux remains on the Plux. We look forward to the next elevator pitch in Brussels!

Julius Renz/Fiene Kuhlmann/Nick Frenken/Darius Walter †, Düsseldorf DISKURSANALYSE: DIE PARTEIEN UND BIG TECH

Julius Renz, Fiene Kuhlmann und Nick Frenken sind Studierende im Masterstudiengang Sozialwissenschaften an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sie stehen für Auskünfte gern zur Verfügung. Die gesamte 80-seitige Projektarbeit kann bei team (at) d-kart.de angefordert werden.

Der Mitautor **Darius Walter** war ihr Kommilitone. Er ist überraschend im Mai 2023 verstorben. Diese traurige Nachricht erreichte uns kurz vor der geplanten Veröffentlichung dieses Beitrags. „Das Sichtbare ist vergangen, es bleiben nur die Liebe und die Erinnerung“, schrieb die Familie von **Darius**. Die Veröffentlichung ist insofern auch ein Beitrag, um an **Darius Walter** zu erinnern.

Kontakt: <https://www.sozwiss.hhu.de/institut/praktikums-buero> (Julius Renz)

Zitiervorschlag: Renz/Kuhlmann/Frenken/Walter, DKartJ 2023, 39

Am 26. Mai 2023 war das Kartellrecht wieder Thema im Deutschen Bundestag: In 1. Lesung ging es um die geplante Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Das Bundeskartellamt soll erweiterte Befugnisse erhalten – wir berichteten. Diese anstehende 11. GWB-Novelle ist Anlass, die letzten Debatten im Parlament zu analysieren. Vier Studierende der Heinrich-Heine-Universität haben das getan: Sie haben – in einem Projekt bei Prof. Dr. Heiko Beyer – aus soziologischer Perspektive auf zwei Debatten zum Wettbewerb auf digitalen Märkten im Bundestag in der 19. und 20.

Legislaturperiode geblickt. Ihre Ergebnisse haben sie für die Leserschaft von D’Kart zusammengefasst. Hier sind die Einblicke von Julius Renz, Fiene Kuhlmann, Nick Frenken und Darius Walter.

Debatten über digitalen Kapitalismus

Die Öffentlichkeit ringt mit Herausforderungen und Sorgen des digitalen Kapitalismus. Wie aber bewertet „der Gesetzgeber“ das Vorgehen und die Monopolstellung der Tech-Giganten? In einer Diskursanalyse nach wissenssoziologischem Paradigma wurden über ein Jahr die Reden zweier Bundestagsdebatten analysiert. Dabei wurden alle in der 19. und 20. Wahlperiode vertretenen Parteien betrachtet. Die Ergebnisse zeichnen ein erstes Bild, wie die Bundestagsfraktionen das unter dem Stichwort „Digitaler Kapitalismus“ gefasste neue Phänomen der Plattformökonomie einschätzen und bewerten. Dabei ist erkennbar, dass von den ‚klassischen‘ Ideologien der Parteien, zunehmend und mitunter stark abgewichen wird.

Ideologie bezeichnet in diesem Kontext die Art und Weise wie sich Wissen und Denken in einer Gesellschaft konstituiert. Ideologien zeigen sich in diesem Beispiel durch die Ideologieträger in Form von politischen Parteien. So nehmen diese unterschiedliche Perspektiven auf ökonomische Zusammenhänge ein und

bewerten diese. Damit ergeben sich unterschiedliche ideologisch geprägte Erklärungen für dasselbe Phänomen, den digitalen Kapitalismus. Diese werden im Folgenden skizziert. Dabei ist zu beachten, dass sich Ideologien im Verlauf der Zeit verändern und anpassen, insbesondere in parlamentarischen Demokratien, in denen sich durch das jeweilige Parteiensystem Annäherung durch institutionellen Druck ergeben können.

SPD: Wettbewerb als höchstes Gut

In ihren Reden betonen die Abgeordneten der SPD vor allem zwei Aspekte. Zum einen geht es um die Netzwerkeffekte, die durch die außerordentliche Position der großen Tech-Giganten zustande kommen. Nur durch die marktbeherrschende Stellung Facebooks und ihren größtenteils alternativlosen Messenger-Dienste können sie Kund:innen an sich binden. Auf kleineren Plattformen haben diese nicht im Ansatz die Vernetzungsmöglichkeiten, wie bei dem etablierten Anbieter. Im gleichen Zug wird aber auch die Eigendarstellung und das mangelnde Problembewusstsein der großen Tech-Giganten kritisiert, da beispielsweise Facebook mehrfach betont, dass die eigene Marktmacht nicht so groß sei und durchaus Raum für andere Anbieter lasse.

Der zweite und dominantere Aspekt, der sich wie ein roter Faden durch die Reden der SPD und vor allem die des Abgeordneten *Falko Mohrs* zieht, der in beiden Sitzungen einen Redebeitrag hat, ist die Betonung des Wettbewerbs. Neben der Wichtigkeit des Wettbewerbsgedanken in der Marktwirtschaft, wird darüber hinaus auch die Bedeutung für das alltägliche Leben hervorgehoben:

„Wettbewerb ist wirklich ein zentraler Baustein. Er hat eine zentrale Funktion für die Art, wie wir wirtschaften, wie wir leben, wie wir arbeiten, eben weil er Innovationen fördert, eben weil er dafür sorgt, dass derjenige, der sich am weitesten streckt, der besonders motiviert vorangeht, auch – hoffentlich – das beste Angebot unterbreitet. Das ist eines der Kernelemente unseres Wirtschaftssystems“ (Falko Mohrs).

Demzufolge muss der Wettbewerb aber auch hergestellt werden. Dieser soll aber eben nicht in erster Linie daraus entstehen, dass die großen Tech-Konzerne in ihrer Macht beschnitten werden, sondern dadurch, dass potentielle Konkurrenten gestärkt werden. Die Antwort auf die Frage, wie genau kleine Player das oftmals

technische Know-How der Großen und deren existierenden Datenvorsprung ausgleichen können, bleibt die SPD weitgehend aber schuldig.

Redner für die SPD: Falko Mohrs, Jens Zimmermann (2018), Johannes Arlt, Falko Mohrs (2022)

CDU/CSU: Alles bleibt beim Alten

Auch die Union erkennt das Problem, dass wenige große Unternehmen den Wettbewerb auf dem Markt gefährden können. Sie verweist in ihren Reden aber sehr häufig auf bereits bestehende Instrumente, die sie in ihrer Regierungszeit verabschiedet haben, um die Rahmenbedingungen für faire Chancen aller Marktteilnehmer zu gewährleisten. So geht *Axel Knoerig* beispielsweise auf die Monopolkommission ein, auf ein Arbeitspapier des Bundeskartellamts von 2016 mit dem Namen „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ und die 9. Novelle des GWB. Aus Sicht der Unionsredner sind also schon durchaus genügend Instrumente vorhanden, die nur ausreichend Zeit brauchen, um zu wirken. Dafür wird auch das Beispiel herangezogen, dass bereits ein Prüfverfahren gegen Facebook eingeleitet ist. Deswegen sprechen sie sich deutlich gegen schärfere Regeln aus, wie beispielsweise eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit, zumindest wie sie die Grünen 2018 vorschlagen.

Aber auch bei den Rednern der Unionsfraktion wird deutlich, dass der Wettbewerb ein hohes Gut ist und essentiell für den Markt. Es darf allerdings nicht passieren, dass Kund:innen durch zu starke Regulierungen Nachteile erfahren müssen. Die besonderen Probleme des digitalen Kapitalismus und die damit einhergehenden Herausforderungen werden nur bedingt als Besonderheit angesehen. So sollen vor allem bekannte Mechanismen und Instrumente verwendet werden. Verwiesen wird auf vergangene Regulierungen und Reformen im Bereich Logistik, Telekommunikation und Post.

Redner für die Union: Axel Knoerig, Hansjörg Durz (2018), Hansjörg Durz, Thomas Heilmann (2022)

BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN: Grünes Fähnchen im Wind

Die Grünen problematisieren in ihren Reden von 2018 in erster Linie die Marktmacht von Konzernen. Diese stellt in der Rezeption der Partei vor allem ein Wettbewerbshemmnis dar. Die Monopolisierung führe dazu,

dass die größten Unternehmen Marktmacht konzentrieren können. Das hat vor allem Folgen für den Wettbewerb:

„Diese [Marktmacht] macht es vielen Unternehmen unmöglich, mit solchen Konzernen in Wettbewerb zu treten. Wir haben hier Märkte, die schon aus sich heraus zu Monopolisierungstendenzen neigen“ (Katharina Dröge).

Vier Jahre später und an der Regierung beteiligt, ist die Rede von „großen Unternehmen, die es aufgrund ihrer Marktmacht schaffen, kleinere aus dem Markt rauszuhalten“. Jedoch ist die Diagnose deutlich optimistischer:

„Mit dem Gesetz über digitale Märkte schiebt die EU der Marktdominanz von Google und Co in der EU endlich einen längst überfälligen Riegel vor“ (Maik Außendorf).

Der Digital Markets Act (DMA) sei „eine gute Grundlage, die Marktmacht der Onlinegiganten einzuschränken und ein faires und verbraucher/-innenfreundliches Internet zu gewährleisten“. Monopolisierung wird damit im Grunde als Problem für Verbraucher:innen gesehen, nicht unbedingt als makroökonomische Herausforderung, die ökonomische Macht thematisieren muss. Eng verknüpft mit der Problematik der Monopolisierung kritisieren die Grünen stattdessen, den damit einhergehenden fehlenden Wettbewerb. So stellt Katharina Dröge im Jahr 2018 die These auf:

„Es gibt Märkte, die so vermachet sind, dass es keine Möglichkeit gibt, fairen Wettbewerb herzustellen“ (Katharina Dröge).

Diese eigentlich wiederum sehr grundsätzliche Kritik am digitalen Kapitalismus, der durch vermachete und proprietäre Märkte funktioniert, übersetzt sich jedoch nur 2018 in Forderungen der Partei.

In der Debatte 2022 wird diese Problematik folgendermaßen beschrieben:

„Derzeit verhindern wenige große Plattformen und Tech-Player alternative Geschäftsmodelle, auch kleinerer und mittelständischer Unternehmen“ (Maik Außendorf).

Nicht mehr der vermachete Markt an sich, sondern einzelne Unternehmen mit viel Macht auf diesem Markt werden problematisiert. Rhetorisch wie inhaltlich ist das deutlich zurückhaltender als noch in der Legislaturperiode zuvor. In Bezug auf § 19a GWB, den die antragstellende Union betont, verweisen die Grünen,

wie zuvor schon die SPD, auf den Koalitionsvertrag der Ampelregierung, also die Regularien, die man selbst verabschiedet hat. Die Union bezieht sich dabei auf die vorherige Legislaturperiode in der sie gemeinsam mit der SPD regierte.

Redner/in für die Grünen: Katharina Dröge (2018), Maik Außendorf (2022)

FDP: Liberalismus im Dilemma

Die FDP-Fraktion stuft Monopolisierungstendenzen einiger Dienstleister grundsätzlich eher unproblematisch ein, jedoch ist ein Argumentationswechsel von ihrer Zeit in der Opposition zu ihrer Beteiligung an der derzeitigen Ampel-Regierung auszumachen. Ihrem traditionellen Marktliberalismus folgend, will sie gerade in ihrer Rolle als Oppositionspartei nicht überstürzt politische Weichen stellen, sondern den Markt sich selbst regeln und regulieren lassen. Wenn sie auch früher schon betont, Regulierungsmaßnahmen nicht per se abzulehnen, mutet das nahezu uneingeschränkte Vertrauen in die Fähigkeit zur Selbstregulierung des Marktes, auf den Player wie Google, Apple, Facebook und Amazon agieren, überraschend an. 2022, unter dem Druck der Koalitionsmechanismen, dann der Wechsel: die FDP warnt vor der zunehmenden Dominanz digitaler Plattformen, sie seien eine Gefahr für den fairen Wettbewerb, aber auch für die Demokratie. Wurde die Rolle des Staates vier Jahre zuvor noch möglichst passiv gewünscht, wird dieser jetzt als „starker Schiedsrichter“ definiert. Konkrete Ideen bleibt die Fraktion in den analysierten Reden schuldig, kritisiert aber zu hohe Eintrittsbarrieren in der digitalen Wirtschaft für mögliche Wettbewerber.

Redner/in für die FDP: Reinhard Houben (2018), Nicole Bauer (2022)

Die Linke: Systemfrage? Fehlanzeige!

Auch die Linkspartei thematisiert vor allem die Monopolisierungstendenzen des digitalen Kapitalismus. Soweit ist das aus der bekannten Position der Partei zu erwarten. Interessant ist dabei ihr expliziter Bezug auf das Bundeskartellamt, einer Institution, die Wettbewerb auf einem weitgehend freien Markt ermöglichen soll:

„Das Bundeskartellamt bescheinigte dem Unternehmen bereits eine marktbeherrschende Stellung“ (Anke Domscheit-Berg).

Auf die sozialistische Prägung der Linkspartei, die sich eigentlich für die Vergesellschaftung von großen Unternehmen einsetzt, wird nicht weiter rekuriert. Für die Linke ist es dabei vor allem wichtig zu betonen, dass „Monopole dazu neigen, ihre Marktmacht zu missbrauchen, und aus diesem Grund gefährlich sind“. Die grundsätzliche Monopol Tendenz des Kapitalismus wird hier hervorgehoben. Ausgehend von der Problematik der Monopolisierung sieht die Linke auch in fehlendem Wettbewerb und Wettbewerbsverzerrungen ein Problem. Das ist deshalb eher unerwartet, da eine sich selbst als sozialistisch verstehende Partei an dieser Stelle markliberale, d.h. wettbewerbsorientierte Argumentationen nutzt. Wie bereits der Bezug zum Bundeskartellamt zeigt sich auch hier eine Orientierungslosigkeit in der Bewertung der neueren ökonomischen Entwicklung. Statt eine Alternative zum freien Markt zu skizzieren, wird das Fehlen von diesem als Problem gesehen. Die „gefährliche Machtkonzentration bei den großen Digitalkonzernen Amazon, Google und Co.“ wird zwar immer wieder aufs Neue betont, die spezifische Problematik der digitalen Märkte wird dabei aber vernachlässigt. Die Partei von der man am ehesten eine Infragestellung des Markts als ökonomische Instanz erwartet, schließt sich hier den anderen Parteien an. Eine Vergesellschaftungsperspektive, wie sie die Linkspartei zumindest auf dem Papier für Banken und andere Großkonzerne sieht, kommt für die Leitunternehmen des digitalen Kapitalismus nicht zum Vorschein. Systemfrage? Fehlanzeige!

Redner/in für die Linke: Anke Domscheit-Berg (2018), Pascal Meiser (2022)

AfD: Aus Prinzip dagegen

Die AfD scheint ein ambivalentes Verhältnis zu Themen der Monopolisierung und Marktregulierung zu haben. Auch auf einem Markt, auf dem nur weniger Player Macht und Einfluss haben, sei Wettbewerb möglich, argumentiert die Fraktion 2018. Grund dafür sein der hohe Innovationsdruck, gerade im digitalen Sektor. Die Argumentationen des Redners, Microsoft und Apple hätten schließlich auch Entwicklungen

Parteien werden deutlich gemäßigter und nähern sich ihrem Koalitionspartner an.

Einig sind sich auch fast alle Parteien, dass die europäische Ebene der eigentlich geeigneterer Ort ist, um die

verschlafen und seien zurückgefallen, werfen in der Sache viele Fragen auf.

2022 ändert sich die Argumentationsstruktur. Im Fokus stehen diesmal die kleinen und mittelständischen Unternehmen, die gegen die Riesen Amazon und Co. keine Chancen haben. Der Verdacht drängt sich jedoch auf, dass sich die Kritik in erster Linie gegen die Corona-Schutzmaßnahmen der Bundesregierung richtet, wenn „unsinnige“ 2G- und 3G-Regelungen für die schlechte wirtschaftliche Lage verantwortlich gemacht werden. Staatliche Regelungen sind also grundsätzlich schon denkbar, aber bitte im Rahmen, was für die AfD bedeutet, weder in „grün-sozialistische Planträume“ noch „neoliberalen Marktdarwinismus“ zu verfallen.

Redner für die AfD: Enrico Komning (2018), Malte Kaufmann (2022)

Resümee

Bei der Betrachtung der beiden Bundestagsdebatten von 2018 und 2022 kristallisieren sich einige Dinge deutlich heraus. Absolut einig sind sich alle Parteien, von Linke bis AfD, dass Wettbewerb der Baustein für ein funktionierendes Wirtschaftssystem sei. Dieser muss hergestellt werden, für manche Parteien durch deutlich stärkere staatliche Eingriffe, für andere soll der Staat nur die nötigsten Rahmenbedingungen schaffen. Wir sehen, dass SPD und Union, über die Zeitachse hinweg, keine großen Positionswechsel vollziehen. Beide wollen Wettbewerb stärken und berufen sich auf Instrumente, die sie eingeführt haben und die Zeit bräuchten, um zu wirken. Auch Linke und AfD bleiben größtenteils bei ihren Positionen. Letztere arbeitet sich wenig überraschend an der Regierung und den Coronamaßnahmen ab, während die Linke fast schon markliberal argumentiert und ihren einstmalen sozialistischen Anspruch fast komplett aufgibt. Grüne und FDP hingegen sind spannender. Beide Parteien sind 2018, also in der Opposition, deutlich schärfer in ihren Argumentationen. Die FDP bleibt ihren markliberalen Grundsätzen treu und verteidigt sie, während die Grünen missbrauchsunabhängige Entflechtungen fordern und starke Eingriffe befürworten. Vier Jahre später ist davon nur noch wenig zu hören. Beide

großen Tech-Player zu regulieren. Einzig die AfD schert hier aus und möchte Kompetenzen lieber beim Nationalstaat bündeln.

Beim Umgang mit dem Digitalen Kapitalismus zeigen alle Parteien zwar deutliche Kritik an der starken Stellung einzelner Unternehmen. Das Problembewusstsein variiert hinsichtlich der Tiefe. Gegenüber radikaleren Reformen besteht bei allen Parteien eine gewisse Zurückhaltung, stattdessen werden, auch unter Verweis auf die hohe Reputation des Bundeskartellamts, Lösungen im bestehenden Rahmen gesucht oder weiterentwickelt.

Wettbewerb soll nicht vorrangig dadurch hergestellt werden, dass die großen Unternehmen verkleinert werden, sondern dadurch dass potenzielle Konkurrenten diese Monopole im wettbewerblichen Ringen aufbrechen. Ob diese aber gegen die Marktmacht, das technische Know-how und die finanziellen Mittel eine Chance haben können, bleibt fraglich – und wird im Bundestag nicht weiter problematisiert.

Quellen:

Stenografische Berichte

Deutscher Bundestag (Hrsg.). (2018). Faire digitale Märkte – Wettbewerb und Datenschutz sicherstellen. Stenografischer Bericht 29. Sitzung. Plenarprotokoll 19/29. TOP 12, 2732 C – 2744 B. Abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19029.pdf#P.2732>.

Deutscher Bundestag (Hrsg.). (2022). Marktmacht von Tech-Giganten n die Schranken weisen – Soziale Marktwirtschaft fit machen für das digitale Zeitalter. Stenografischer Bericht 18. Sitzung. Plenarprotokoll 20/18. TOP 25, 1327 B – 1334 B. Abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20018.pdf#P.1327>.

Julius Renz/Fiene Kuhlmann/Nick Frenken/Darius Walter †, Düsseldorf DISCOURSE IN PARLIAMENT: GERMAN PARTIES & BIG TECH (English Version)

Julius Renz, Fiene Kuhlmann and Nick Frenken (left to right) are students in the Master's programme in Social Sciences at Heinrich Heine University Düsseldorf. They are happy to provide further information. The entire 80-page project paper can be requested from team (at) d-kart.de.

The co-author **Darius Walter** (right) was their fellow student. He passed away unexpectedly in May 2023. This sad news reached us shortly before the planned publication of this article. "The visible has passed away, only love and memory remain," wrote **Darius'** family. In this respect, the publication is also a contribution to remember

contact: <https://www.sozwiss.hhu.de/institut/praktikumsbuero> (Julius Renz)

suggested citation: Renz/Kuhlmann/Frenken/Walter, DKartJ 2023, 43

On 26 May 2023, competition law was once again a topic in the German Bundestag: The Parliament held the first reading of the planned reform of the Act against Restraints of Competition (GWB). The Bundeskartellamt, the national competition agency, is to receive extended powers – we reported. This upcoming 11th amendment is an occasion to look back at the last debates in parliament. Four students of Heinrich Heine University have done just that: they have – in a project

with Prof. Dr. Heiko Beyer – looked at the debates in the Bundestag in the 19th and 20th legislative periods from a sociological perspective. They have summarised their findings for the readership of *D’Kart*. Here are the insights of Julius Renz, Fiene Kuhlmann, Nick Frenken and Darius Walter.

Debates on digital capitalism

The public is wrestling with the challenges and concerns of digital capitalism. But how does “the legislator” assess the actions and monopoly position of the

tech giants? In a discourse analysis according to the paradigm of the sociology of knowledge, the speeches of two Bundestag debates were analysed over a year. All parties represented in the 19th and 20th legislative periods were considered. The results paint a first picture of how the parliamentary parties assess and evaluate the new phenomenon of the platform economy, which is summarised under the keyword “digital capitalism”. It can be seen that there is an increasing and sometimes strong deviation from the ‘classic’ ideologies of the parties.

Ideology in this context refers to the way knowledge and thinking are constituted in a society. In this example, ideologies are manifested by the carriers of ideology in the form of political parties. They take different perspectives on economic contexts and evaluate them. This results in different ideologically shaped explanations for the same phenomenon, digital capitalism. These are outlined below. It should be noted that ideologies change and adapt over time, especially in parliamentary democracies, where the respective party system can result in convergence through institutional pressure.

SPD: Competition as the highest good

In their speeches, the MPs of the Social Democratic Party (SPD) emphasise two aspects in particular. On the one hand, it is about the network effects that come about through the extraordinary position of the big tech giants. It is only through Facebook’s dominant position and its Messenger services, most of which have no alternatives, that they can bind customers to themselves. On smaller platforms, they do not have the same networking possibilities as with the established provider. At the same time, however, the self-portrayal and lack of problem awareness of the big tech giants is

criticised, as Facebook, for example, repeatedly emphasises that its own market power is not that great and that it leaves room for other providers.

The second and more dominant aspect, which runs like a thread through the speeches of the SPD and especially that of MP *Falko Mohrs*, who has a speech in both sessions, is the emphasis on competition. In addition to the importance of the idea of competition in the market economy, its significance for everyday life is also emphasised:

“Competition really is a central building block. It has a central function for the way we do business, the way we live, the way we work, precisely because it promotes innovation, precisely because it ensures that the one who stretches himself furthest, who is particularly motivated to go ahead, also – hopefully – makes the best offer. That is one of the core elements of our economic system” (Falko Mohrs).

Consequently, competition must also be created. However, this should not primarily result from curtailing the power of the big tech companies, but from strengthening potential competitors. However, the SPD largely fails to answer the question of how exactly small players can compensate for the often technical know-how of the big players and their existing data advantage.

Speakers for SPD: Falko Mohrs, Jens Zimmermann (2018), Johannes Arlt, Falko Mohrs (2022)

CDU/CSU: Everything remains the same

The CDU/CSU (Christian Democrat Union/Christian Social Union, the conservative party) also recognises the problem that a few large companies can endanger competition in the market. However, in their speeches they very often refer to already existing instruments that they adopted during their time in government to ensure the framework conditions for fair opportunities for all market participants. For example, *Axel Knoerig* refers to the Monopolies Commission, to a working paper of the Bundeskartellamt from 2016 called “Market Power of Platforms and Networks” and the 9th amendment of the GWB. From the point of view of the CDU/CSU speakers, sufficient instruments are already available, which only need sufficient time to take effect. They also cite the example that an investigation has already been initiated against Facebook. That is why they are clearly against stricter rules, such as an

abuse-independent unbundling option, at least as proposed by the Greens in 2018.

But the speakers from the CDU/CSU parliamentary group also made it clear that competition is a great good and essential for the market. However, it must not happen that customers have to experience disadvantages due to too much regulation. The special problems of digital capitalism and the challenges that go along with it are seen as special only to a limited extent. Thus, familiar mechanisms and instruments are to be used above all. Reference is made to past regulations and reforms in the areas of logistics, telecommunications and postal services.

Speakers for CDU/CSU: Axel Knoerig, Hansjörg Durz (2018), Hansjörg Durz, Thomas Heilmann (2022)

ALLIANCE 90/THE GREENS: Green flag in the wind

In their speeches of 2018, the MPs of the Green party primarily discuss the market power of corporations. In their reception, this primarily represents an obstacle to competition. Monopolisation leads to the largest companies being able to concentrate market power. This has consequences above all for competition:

“This [market power] makes it impossible for many companies to compete with such corporations. We have markets here that already tend to monopolise by themselves” (Katharina Dröge).

Four years later and involved in government, there is talk of “big companies managing to keep smaller ones out of the market because of their market power”. However, the diagnosis is much more optimistic:

“With the Digital Markets Act, the EU is finally putting a long overdue stop to the market dominance of Google and Co in the EU” (Maik Außendorf).

The Digital Markets Act (DMA) is “a good basis for limiting the market power of online giants and ensuring a fair and consumer-friendly internet”. Monopolisation is thus basically seen as a problem for consumers, not necessarily as a macroeconomic challenge that has to address economic power. Closely linked to the problem of monopolisation, the Greens criticise the lack of competition that goes along with it. In 2018, Katharina Dröge put forward the thesis:

“There are markets that are so bequeathed that there is no way to establish fair competition” (Katharina Dröge).

However, this actually again very fundamental critique of digital capitalism, which functions through bequeathed and proprietary markets, only translates into demands of the party in 2018.

In the 2022 debate, this problem is described as follows:

“Currently, a few big platforms and tech players are preventing alternative business models, including those of smaller and medium-sized companies” (Maik Außendorf).

The problem is no longer the market itself, but individual companies with a lot of power in this market. In terms of rhetoric and content, this is clearly more restrained than in the previous legislative period. With regard to Section 19a of the GWB, which the CDU/CSU emphasises, the Greens, like the SPD before them, refer to the coalition agreement of the current government of SPD, Greens and liberals, i.e. the objectives that they themselves have adopted. The CDU/CSU refers to the previous legislative period in which it governed together with the SPD.

Speakers for the Greens: Katharina Dröge (2018), Maik Außendorf (2022)

FDP: Liberalism in a Dilemma

The FDP parliamentary group (Free Democrats, the liberals) basically considers monopolisation tendencies of some service providers rather unproblematic, but a change in argumentation from its time in opposition to its participation in the current government can be discerned. Following its traditional market liberalism, it does not want to set a hasty political course, especially in its role as an opposition party, but wants to let the market regulate itself. Although it has previously emphasised that it does not reject regulatory measures per se, the almost unrestricted trust in the ability of the market to regulate itself, on which players like Google, Apple, Facebook and Amazon operate, seems surprising.

In 2022, under the pressure of coalition mechanisms, then the change: the FDP warns against the increasing dominance of digital platforms, saying they are a danger to fair competition, but also to democracy. Whereas four years earlier the role of the state was still desired to be as passive as possible, now it is defined as a “strong arbiter”. In the speeches analysed, the

parliamentary group does not come up with any concrete ideas, but criticises that the barriers to entry in the digital economy are too high for potential competitors.

Speakers for FDP: Reinhard Houben (2018), Nicole Bauer (2022)

The Left: Change the System? No!

The Left Party, too, primarily addresses the monopolising tendencies of digital capitalism. This is to be expected from the party's well-known position. What is interesting here is their explicit reference to the Bundeskartellamt, an institution that is supposed to enable competition in a largely free market:

"The Bundeskartellamt has already certified that the company has a dominant market position" (Anke Domscheit-Berg).

There is no further reference to the socialist character of the Left Party, which actually advocates the socialisation of large companies. For the Left, it is above all important to emphasise that "monopolies tend to abuse their market power and are dangerous for this reason". The fundamental monopoly tendency of capitalism is emphasised here. Based on the problem of monopolisation, the Left also sees a lack of competition and distortions of competition as a problem. This is therefore rather unexpected, since a party that sees itself as socialist uses market-liberal, i.e. competition-oriented argumentation at this point. Just like the reference to the Bundeskartellamt, this also shows a lack of orientation in the assessment of recent economic developments. Instead of outlining an alternative to the free market, the lack of it is seen as a problem. The "dangerous concentration of power in the large digital corporations Amazon, Google and Co." is emphasised again and again, but the specific problems of digital markets are neglected. The party most likely to be expected to question the market as an economic institution joins the other parties here. A socialisation perspective, as the Left Party sees it, at least on paper, for banks and other large corporations, does not emerge for the leading companies of digital capitalism. Change the system? No!

Speakers for the Left Party: Anke Domscheit-Berg (2018), Pascal Meiser (2022)

AfD: Against it on principle

The AfD (Alternative for Germany, the right-wing populist party) seems to have an ambivalent relationship to issues of monopolisation and market regulation. Even in a market where only a few players have power and influence, competition is possible, the group argues in 2018, the reason being the high pressure to innovate, especially in the digital sector. The speaker's argumentations that Microsoft and Apple, after all, also failed to see some developments and fell behind, raise many questions in the matter.

In 2022, the argumentation structure changes. This time the focus is on small and medium-sized enterprises, which have no chance against the giants Amazon and Co. However, the criticism seems to be primarily directed against the federal government's Corona protection measures, when "nonsensical" 2G and 3G regulations are blamed for the poor economic situation. State regulations are thus in principle already conceivable, but please within the framework, which for the AfD means neither falling into "green-socialist planned dreams" nor "neoliberal market Darwinism".

Speakers for AfD: Enrico Komning (2018), Malte Kaufmann (2022)

Summary

Looking at the two debates in the Bundestag in 2018 and 2022, a few things become crystal-clear. All parties, from the Left to the AfD, are in absolute agreement that competition is the building block for a functioning economic system. This must be created, for some parties through significantly stronger state intervention. For others the state should only create the most necessary framework conditions. We see that the SPD and the CDU/CSU are not making any major changes of position over time. Both want to strengthen competition and refer to instruments that they have introduced and that need time to take effect. The Left and the AfD also largely stick to their positions. The latter unsurprisingly criticises the government and the Corona measures, while the Left argues almost market-liberal and almost completely abandons its once socialist claim. The Greens and the FDP, on the other hand, are more interesting: Both parties are much sharper in their arguments in 2018, when they are in opposition. The FDP remains true to its market-liberal principles and defends them, while the Greens call for unbundling without abuse and advocate strong intervention. Four years later, little of this can be heard. Both parties

become much more moderate and move closer to their coalition partner. Almost all parties also agree that the European level is actually the more suitable place to regulate the big tech players. Only the AfD dissents and prefers to bundle competences at the national level.

When dealing with digital capitalism, all parties show clear criticism of the strong position of individual companies. The awareness of the problem varies in terms of depth. There is a certain reluctance on the part of all parties towards more radical reforms; instead, solutions are sought or further developed within the existing framework, also with reference to the high reputation of the Bundeskartellamt. Competition should not be created primarily by reducing the size of large companies, but by potential competitors breaking up these monopolies in a competitive struggle.

Whether these can stand a chance against the market power, the technical know-how and the financial means, however, remains questionable – and is not further discussed in the Bundestag.

Sources:

Stenographic reports

German Bundestag (ed.). (2018). Fair digital markets – ensuring competition and data protection. Stenographic report 29th session. Plenary Minutes 19/29. item 12, 2732 C – 2744 B. Available at: <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19029.pdf#P.2732>.

German Bundestag (ed.). (2022). The market power of tech giants – making the social market economy fit for the digital age. Stenographic report 18th session. Plenary Minutes 20/18. item 25, 1327 B – 1334 B. Available at: <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20018.pdf#P.1327>.

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

ANTITRUST SUPER TUESDAY

Rupprecht Podszun ist Jura-Professor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Direktor des Instituts für Kartellrecht.

Kontakt: podszun@hhu.de

Zitiervorschlag: Podszun, DKartJ 2023, 47

Eine solche Massierung kartellrechtlicher Entwicklungen an einem einzigen Tag ist selten: Deutschland bekommt das „New Competition Tool“, also eine GWB-Novelle, der EuGH hat in Sachen Bundeskartellamt vs Facebook entschieden, und bei der Europäischen Kommission haben sich die Unternehmen angezeigt, die sich selbst als digitale Gatekeeper im Sinne des Digital Markets Act verstehen. Uff. Am 4. Juli 2023, dem Fourth of July, fand in Europa geradezu ein Antitrust Festival

statt. Rupprecht Podszun hat die Ereignisse des Tages gesichtet.

Kleiner Dienstag

Der Kleine Dienstag ist ein Detektiv, er ist einer aus der Bande von Emil, jener herrlichen Ermittlerfigur, die Erich Kästner erdacht hat. Emil Tischbein waren auf der Fahrt nach Berlin von einem Ganoven namens Grundeis 140 Mark gestohlen worden. Mit einer Sonderkommission – Amtshilfe leisteten hier Gustav mit der Hupe und Pony Hütchen – jagte Emil den Täter, stellte ihn und konnte sich dabei auf Dienstag verlassen, der derweil den Telefondienst machte („Parole Emil“). Emil und die Detektive hatten qua Phantasie unbegrenzte Ressourcen und Ermittlungsmöglichkeiten. Der Dawn Raid endete in einer Bank, der Unrechtsvorwurf des Grundeis wurde abgeschöpft, selbiger

abgeführt und Emil von einem Journalisten namens Kästner zum Tortenessen eingeladen.

Der 4. Juli 2023 war kein kleiner Dienstag, sondern ein großer, ein Antitrust Super Tuesday geradezu, mit sämtlichen meiner Lieblingsthemen: Meta und Ministererlaubnis, ein geplatzter Knoten und geplatzte Hoffnungen.

Die größte Reform seit Ludwig Erhard

Beginnen wir mit „gezähmten Jagdhunden“, also dem Bundeskartellamt, und spulen wir zwei Tage vor: Um 18:16 Uhr am frühen Abend des 6. Juli des Jahres 2023 unserer Zeitrechnung trat der Deutsche Bundestag zusammen²⁸ und stimmte in 2. und 3. Lesung einem „Paradigmenwechsel“ des Kartellrechts zu und beschloss eine Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – und zwar „die größte seit Ludwig Erhard“ (Staatssekretär Sven Giegold aus dem Bundeswirtschaftsministerium (BMWK) auf Twitter). Der Knoten war, so hörte man, Montagnacht geplatzt: Da einigten sich die Regierungsparteien auf den finalen Gesetzeswortlaut. Der ging am Dienstag, also 48 Stunden, nicht 14 Tage vor der Beratung, den Abgeordneten zu.

Das Bundesverfassungsgericht stoppte die nun doch eher kurzfristige Beratung nicht, aber das GWB ist eben nicht das GEG, und wo keine BILD, da kein Kläger, wo kein Kläger, da kein Karlsruhe. So beschränkte sich Oppositionspolitiker Hansjörg Durz (CDU/CSU) auf einige genüssliche Spitzen (seine wettbewerbspolitischen Reden sind ohnehin, selbst wenn man in der Sache anderer Auffassung ist, *on point*):

„Sie sagen, Sie präsentieren hier die größte Reform seit Ludwig Erhard, aber Sie verstecken sie als wäre sie Ihnen unangenehm. (...) Grundsatzänderungen brauchen in der Demokratie breite politische Debatte.“

Und gute Gesetze brauchen auch Zeit. Das schreibe ich vor der Erkenntnis, dass ich bei dieser GWB-Novelle selbst eine Lernkurve hatte – auch einem Jura-Professor fallen nicht immer gleich bei erster Lektüre des Gesetzestextes zwischen UniRep und

Fakultätsratssitzung die Punkte auf, die man noch verändern könnte. Zu meiner Lernkurve später mehr.

Bumper Sticker Material

Um das gleich klarzustellen: *I'm in favour*. Diese GWB-Novelle hat ja inzwischen einen polarisierenden Charakter bekommen, der das Bekenntnis herausfordert. In den USA hätten wir schon Bumper Sticker: „Bei Wettbewerbsstörung – Rettungsgasse bilden!“ oder „GWB11 – Ich bremsen auch für Kartellbeamte“. Einige Äußerungen in der Debatte empfand ich in Wortwahl und Aussage etwas schrill. Aber das ist sie vielleicht, die Aufmerksamkeitsökonomie der Lobbyisten. Manche Verbände müssen sich vielleicht auch erst noch daran gewöhnen, dass auf der *fast lane* zu den Entscheidungsträgern im BMWK derzeit Lastenfahrräder unterwegs sind.

In der GWB-Novelle gibt es drei Themen, die Florian Wagner-von Papp hier bereits dargestellt hat²⁹: die Durchsetzung des DMA in Deutschland, die erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB) und die Befugnis für das Bundeskartellamt, im Anschluss an Sektoruntersuchungen auch ohne Rechtsverstoß, nämlich bei Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung, Maßnahmen vornehmen zu dürfen – bis hin zu Entflechtungen (§ 32f GWB). Das ist auf *europäischer Ebene* mal als „New Competition Tool“ diskutiert worden. Das Nähere zum letzten Stand entnehmen Sie bitte dem Kleingedruckten in dieser Übersicht.³⁰

Die Big Points der Novelle

Mich hat stets verblüfft, dass der Fokus auf § 32f GWB lag, und dort auf Fragen, deren praktische Relevanz möglicherweise überschaubar bleiben wird. Wenn ich tippen sollte, was wir vor allem erleben werden, so sind das zwei Punkte, die in der Diskussion kaum eine Rolle spielten: Erstens sind die Schwellenwerte für eine verschärfte Fusionskontrolle im Anschluss an Sektoruntersuchungen in § 32f Abs. 2 GWB-neu erheblich abgesenkt im Vergleich zum bisherigen § 39a GWB. Statt 500 Mio. (Erwerber) und 2 Mio. (Target) Euro Umsatz

²⁸ <https://www.bundestag.de/mediathek?video=7556179#url=L21lZGlhdGhla292ZXJsYXk/dmlkZW9pZD03NTU2MTc5&mod=mediathek>.

²⁹ <https://www.d-kart.de/blog/2023/05/03/the-11th-amendment-to-the-arc-and-germanys-new-competition-tool/>.

³⁰ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/076/2007625.pdf>.

werden künftig nur noch 50 Mio. und 1 Mio. Euro Umsatz verlangt. Meine Vermutung: Infolge von Sektoruntersuchungen wird künftig erst einmal eine erhebliche Ausweitung der Fusionskontrolle auf bestimmte Unternehmen zukommen, zumal diese einfacher durchgesetzt werden kann als alles, was sonst noch in § 32f GWB vorgesehen ist.

Der andere Big Point der Novelle ist die erleichterte Vorteilabschöpfung nach § 34 GWB, wo mit Hilfe einer beinahe unwiderlegbaren Vermutung nach einem Kartellrechtsverstoß ein Unrechtsgewinn von 1 % recht lässig abgeschöpft werden kann. Sandra Detzer (Grüne) wies in der abschließenden Debatte dankenswerterweise darauf hin, dass damit ein essentielles rechtsstaatliches Gebot verwirklicht wird – dass dem Täter nicht die Früchte seiner Tat belassen werden. Emil Tischbein und der Kleine Dienstag verstehen das ohne weiteres. Die bisherige Bundeskartellamts-Praxis sieht nach Aussagen des Amtes selbst ja anders aus: Durch die Geldbußen werde kein Unrechtsgewinn abgeschöpft, sondern lediglich die frevelhafte Tat geahndet. Aha. Die Vorteilsabschöpfung könnte ein echter *game changer* werden, gerade im Missbrauchsrecht, wo es in Deutschland so gut wie nie finanzielle Sanktionen (ob Bußgeld, Schadensersatz oder Vorteilsabschöpfung) gibt.

Zur Praxisrelevanz des neuen Tools

Die letzten Änderungen an § 32f GWB-neu senken die Subsidiaritätsklausel wieder etwas ab, was sehr vernünftig ist, und verstärken den Rechtsschutz, indem die Beschwerde gegen Maßnahmen des Bundeskartellamts infolge von Sektoruntersuchungen aufschiebende Wirkung hat. Sebastian Roloff (SPD), der als Berichterstatter des Parlaments fungiert hatte, dankte vom Rednerpult aus ausdrücklich dem Team des Bundeswirtschaftsministeriums um Thorsten Käseberg, das einige Nerven in diese Reform investiert haben dürfte. Und was ist nun dabei herausgekommen?

„Das [Bundeskartellamt] ist kein Tiger, den wir aus irgendeinem Käfig lassen, sondern das ist eben auch ein gut gezähmter Jagdhund“ (Verena Hubertz, SPD).

Rudelführer Andreas Mundt bemühte sich gleich im Anschluss, die Erwartungen etwas herunterzudimmen:

„Mit der Anwendung der Vorschriften werden wir uns auf neues Terrain begeben, mit vielen neuen

Rechtsfragen. Das Verfahren ist sehr komplex, bietet den betroffenen Unternehmen umfangreiche Rechtsschutzmöglichkeiten und unterliegt sehr hohen Nachweisforderungen. Verfahren werden wohl Jahre dauern.“

Und natürlich durfte das *ceterum censeo* eines Behördenchefs nicht fehlen:

„Wir hoffen, dass wir dafür die notwendigen Ressourcen erhalten.“

Die Gitterstäbe des Tigerkäfigs

Mundt hat Recht. Die „größte Reform“ ever ever ever wird in der Praxis ein begrenztes Dasein führen. Und das ist auch ein wesentlicher Punkt auf meiner Lernkurve gewesen, nachdem ich mich zunächst davon hatte wegtragen lassen, welcher *Paradigmenwechsel* ansteht, wenn nicht mehr ein Rechtsverstoß, sondern „nur“ eine Wettbewerbsstörung zum Ausgangspunkt behördlicher Interventionen wird. Die Sektoruntersuchung plus wird wohl eher eine Rarität sein, die in den dann geprüften Fällen aber auch wirklich hilfreich sein wird. Bislang hat das Bundeskartellamt gerade mal eine Sektoruntersuchung pro Jahr abgeschlossen, wenn überhaupt. Mit den weiter erhöhten Anforderungen und der geringeren Kooperationsbereitschaft von Unternehmen bei Sektoruntersuchungen (sie müssen ja jetzt damit rechnen, dass daraus etwas folgt) wird die Zahl eher abnehmen als steigen. Von einem Tiger außer Rand und Band, der nach Lust und Laune Unternehmen reißt, kann da wirklich keine Rede sein.

Der zweite Punkt meiner Lernkurve (nachdem auch ich mir den Kopf zerbrochen hatte, wie man die Wettbewerbsstörung noch zielgenauer definiert): Die wahre Begrenzung einer extensiven Auslegung des notwendig offenen Begriffs liegt nicht in dem Auftürmen neuer materieller Merkmale (wesentlich, erheblich, besonders, fortwährend, schrecklich, übelst), sondern in einer verfahrensrechtlichen Absicherung: durch gerichtlichen Rechtsschutz, aber auch – so mein Petitum – durch eine breitere Aufstellung innerhalb des Bundeskartellamts. Es sollte nicht allein eine dreiköpfige Beschlusskammer im Amt entscheiden, dass eine Wettbewerbsstörung vorliegt und welche Maßnahmen daraufhin geboten sind. Warum nicht eine andere Beschlussabteilung „gegenprüfen“ lassen mit einem „fresh pair of eyes“? Warum nicht eine große Beschlusskammer einsetzen, unter Vorsitz des

Vizepräsidenten, wie Heike Schweitzer (HU Berlin) vorschlug? Das würde die einheitliche Auslegung der vielen neuen Begriffe im Amt fördern, es wird ja nicht oft Gelegenheit dazu geben. Zudem wäre das eine weitere Absicherung, falls sich eine Beschlusskammer mal verrannt haben sollte (solche Fälle des institutionellen *captures* soll es angeblich geben, wenn auch natürlich nie beim Bundeskartellamt). Der Gesetzgeber hat diese Absicherung nicht vorgesehen, in der Geschäftsordnung des Bundeskartellamts wäre dafür noch Platz.

Braucht's das überhaupt?

Als Schlüsselfrage bleibt: Gibt es Konstellationen oder Branchen, in denen das Kartellrecht derzeit nicht weiterkommt? Ich glaube schon, dass es solche Situationen einer *strukturellen Wettbewerbsarmut* gibt. Die Mannheimer Kollegen Martin Peitz und Jens-Uwe Franck sahen das in der Sachverständigenanhörung genauso. Selbst Heike Schweitzer, die nicht im Verdacht der Sympathien für *Hipster Antitrust* steht, hat in der Sachverständigenanhörung solchen Nachjustierungsbedarf bejaht. Sie würde darauf mit punktuellen Ergänzungen des GWB reagieren. Ich ziehe die Generalklausel der „Wettbewerbsstörung“ vor, damit wir nicht jedes Mal bei einem neuen Phänomen im Markt aufwendig nachsteuern müssen. Blickt man auf die bisherigen Sektoruntersuchungen und deren Ergebnisse (Tristan Rohner und ich haben das in einer Stellungnahme für den Bundestag einmal zusammengefasst, siehe hier Seite 11f.)³¹ ahnt man: Ja, das könnten wirklich Bereiche sein, wo ein kleiner Wettbewerbsimpuls hilfreich wäre.

Kurzum: Das Bundeskartellamt kann künftig mit sehr hohen Hürden in erheblich verkrusteten Märkten für etwas Belebung sorgen. Man kann das wegen der generalklauselartigen Formulierung kritisch sehen. Man könnte das Bundeskartellamt noch stärker verfahrensrechtlich restringieren, damit es nicht exekutiv übergriffig wird. Man kann auch argumentieren, dass in solchen Fällen eher der Gesetzgeber eingreifen soll (was für Wettbewerbsfreundinnen und -freunde freilich oft ein *counterfactual* ist, das sie mit gemischten Gefühlen sehen werde).

Eher überspitzt, um es einmal vorsichtig zu sagen, scheint mir demgegenüber folgende Kritik:

„Die vorgesehenen Änderungen werden den Wettbewerb dämpfen und damit tendenziell zu höheren Preisen führen“ (Stefan Genth, Geschäftsführer des Handelsverbands HDE).

Vielleicht erschließt sich mir die Logik, dass ein wettbewerbsbelebender Eingriff den Wettbewerb dämpft, aber auch nach längerem Nachdenken – Stichwort Lernkurve. Sollte das nicht der Fall sein, schiebe ich die Erkenntnis der HDE-Leitung darauf, dass der offenbar im HDE tonangebende große Lebensmittelhandel sich vielleicht selbst als kartellbehördlichen Kandidaten für mehr Wettbewerb sieht. Immerhin hat die Bundesregierung das im Koalitionsvertrag (S. 37) angedeutet.

Nach der GWB-Novelle ist vor...

Was den Koalitionsvertrag angeht, so hatte Gerald Ullrich (FDP) in der Bundestagsdebatte noch eine kleine Überraschung parat. Man habe ja jetzt den Koalitionsvertrag eigentlich übererfüllt, er gehe daher davon aus, dass es in dieser Legislaturperiode keine weitere GWB-Novelle geben werde. Darf das Team Giegold erst einmal den Griffel fallen lassen? *Not so sure* – ich sehe im Koalitionsvertrag noch einige Punkte, die mit § 32f GWB jedenfalls nicht erledigt sind: Integration von Nachhaltigkeit, Befugnisse für den Verbraucherschutz, Reform der Ministererlaubnis. Ach, es bleibt auch in der nächsten Staffel spannend!

Beim Tortenessen

Vermutlich gönnt man sich seitens der beteiligten Personen aus Ministerium und Bundestag gleichwohl erst einmal ein Stück Torte auf dem Ku'damm, so wie Emil und die Detektive nach erledigter Arbeit. Dafür noch drei kleine Sahnehäubchen:

- Minister Dr. Habeck ist ja kein Historiker, aber immerhin promovierter Literaturwissenschaftler. Er hatte in der Debatte gesagt: „Mütter und Väter der wirtschaftspolitischen Ordnung der Bundesrepublik“ hätten das GWB als Grundgesetz der Marktwirtschaft verfasst. Auch unter dem Eindruck eines bemerkenswerten

³¹ https://www.bundestag.de/resource/blob/952732/ed9046d70d09bd236b74fee2146f1918/20-9-268_Stellungnahme_Prof-Dr-Podszun-data.pdf.

Editorials zum Thema „feministisches Kartellrecht“ in der Zeitschrift NZKart von Katrin Gaßner und Thomas Lübbig stellt sich mir die Frage: Gab es Mütter der wirtschaftspolitischen Ordnung der Bundesrepublik? Bislang schien mir der Freiburger Kreis eher männlich dominiert. Aufklärung erbeten!

- Zur Ministererlaubnis hat die Süddeutsche Zeitung am Super Tuesday Folgendes berichtet:³² Im letzten Ministererlaubnis-Verfahren *Miba/Zollern* war die Freigabe an eine Investitionsauflage geknüpft: Den Beteiligten wurde aufgegeben, in das Gemeinschaftsunternehmen in Deutschland EUR 50 Mio. zur Verwirklichung des Gemeinwohlgrundes „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit“ zu investieren. Laut SZ soll diese Auflage teilweise dadurch erfüllt worden sein, dass das Joint Venture der Muttergesellschaft Unternehmen abgekauft hat. Oh. Genauere Aufklärung dieser Gemeinwohllaffäre: Leider minus, wegen Geschäftsheimnissen.
- Am Super Tuesday fuhr auch noch das neue Gutachten der Monopolkommission³³ ins Ziel. Kernaussage: Die Deutsche Bahn muss aufgespalten werden. Das ginge sogar ohne Rückgriff auf § 32f GWB, da der Eigentümer passenderweise der Gesetzgeber selbst ist. Die Mopoko hat das zünftig mit der Headline „Time to GO“ überschrieben, eine Aufforderung, die manche wohl gern auch an das Management der Deutschen Bahn richten, die aber leider ab und zu auch von der Deutschen Bahn an seine Kunden gerichtet wird (dann in der Variante: Time to WALK/FLY/DRIVE/USESCHIENENERSATZ-VERKEHR).

EuGH: Mega Mega META

Anderes Thema. Der Europäische Gerichtshof hat in der Causa, die diesen Blog seit Jahren beschäftigt, geurteilt. Die Entscheidung, eine Antwort auf die Vorlagefragen des OLG Düsseldorf³⁴ im Facebook-Fall des

Bundeskartellamts, lässt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Die Große Kammer des EuGH (15 Richterinnen und Richter!) unter Vorsitz des Präsidenten Koen Lenaerts wollte offenbar ein Zeichen setzen. Kartellrechtlich lag im Prinzip auf der Hand, was der EuGH nun aber noch einmal in aller Deutlichkeit ins Stammbuch all jener schreibt, die weiterhin das Kartellrecht in Isolation betreiben wollen:

„Wie u. a. die Kommission hervorgehoben hat, sind der Zugang zu personenbezogenen Daten und die Möglichkeit ihrer Verarbeitung zu einem bedeutenden Parameter des Wettbewerbs zwischen Unternehmen der digitalen Wirtschaft geworden. Daher würde der Ausschluss der Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten aus dem rechtlichen Rahmen, den die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung zu berücksichtigen haben, die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung verkennen und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in der Union gefährden.“ (Rn. 51)

EuGH, Rs. C-252/21, Rn. 51

Dass sich die Wettbewerbsbehörden, wenn sie Datenschutz prüfen, dann mit den Datenschutzbehörden abstimmen müssen, ist eine Selbstverständlichkeit. Nicht selbstverständlich ist, dass der EuGH schon einmal selbst subsumiert, wie das im konkreten Fall abgelaufen ist – manch einer erinnert sich vielleicht noch an die bohrenden Fragen in der mündlichen Verhandlung, als das Kartellamtsteam (Jörg Nothdurft, Konrad Ost, Irene Sewczyk und Julia Topel) immer wieder darlegen musste, wann man genau mit welcher Datenschutzbehörde was kommuniziert habe. Die Antworten scheinen überzeugt zu haben: Das Bundeskartellamt scheint „seine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit den betreffenden nationalen Aufsichtsbehörden und der federführenden Aufsichtsbehörde erfüllt zu haben.“ (Rn. 61)

Die datenarme Variante

Das Prüfkonzept des Bundeskartellamts wird gegen Ende der EuGH-Entscheidung nochmals bestätigt. Bei einem marktbeherrschenden Unternehmen könne es

³² <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/wirtschaft/altmaier-miba-zollern-tricks-e827624/?reduced=true>.

³³ <https://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/hauptgutachten/423-9-sektorgutachten-bahn-2023-time-to-go.html>.

³⁴ <https://www.d-kart.de/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/>.

zu einem klaren Ungleichgewicht zwischen Plattform und Nutzer kommen. Und weiter:

„Daher müssen diese Nutzer die Freiheit haben, im Zuge des Vertragsabschlusses die Einwilligung in bestimmte Datenverarbeitungsvorgänge, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, einzeln zu verweigern, ohne dazu gezwungen zu sein, auf die Nutzung des vom Betreiber des sozialen Online-Netzwerks angebotenen Dienstes vollständig zu verzichten, was bedingt, dass ihnen, gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative angeboten wird, die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht.“

EuGH, C-252/21, Rn. 150

Die Berichterstatterin, die italienische Richterin Lucia Serena Rossi, hat offenbar den Digital Markets Act gelesen. Nach Art. 5 Abs. 2 DMA i.V.m. Erwägungsgrund 37 muss der Nutzer die spezifische Wahl haben, eine Variante auszuwählen, die mit wenigen persönlichen Daten auskommt. Das gilt dann, *by the way*, nicht nur für Facebook oder Instagram, sondern für alle zentralen Plattformdienste, die vom DMA erfasst sind – welche das sind, dazu sogleich. Die Google-Websuche gehört jedenfalls dazu.

Dienst am Datenschutz

Moment, werden nun die Kenner sagen, wenn die Einwilligung auch schwierig sein mag, gibt es ja doch noch die Möglichkeit anderer Erlaubnistatbestände, um Daten zu sammeln! Korrekt. Hier entfaltet aber die EuGH-Entscheidung erst recht ihren Charme. Die Düsseldorfer Richter, die das Verfahren vorgelegt hatten, hatten sich ja nach der Auslegung von Art. 6 und 9 DSGVO erkundigt, und damit haben sie den Datenschutzrechtlern einen ersehnten großen Dienst erwiesen. Was der EuGH hier statuiert, hat disruptives Potential für die Digitalökonomie. Die Anforderungen für die Erhebung von Daten, die unter Art. 9 DSGVO fallen, also besonders sensible Daten, werden streng formuliert. Beispiel: Wer eine queere Website aufruft und daraufhin in die Werbeermarktungskategorie „queer“ einsortiert wird, wird vermutlich Opfer einer Datenschutzverletzung – es sei denn, die Person hat auf Basis einer expliziten Information in voller Kenntnis der Sachlage

ausdrücklich zuvor eingewilligt. Nach meiner datenschutzrechtlichen Laienwertung in der Parallelsphäre dürften diese Anforderungen in der Praxis eher selten erfüllt werden.

Und das gilt auch für die Tatbestände des Art. 6 DSGVO, der ja mehrere Ausnahmen vorsieht. Jede denkbare Rechtfertigung, die Meta im Verfahren vorgebracht hatte, um die Datenzusammenführung zu rechtfertigen, wird abgebürstet. So fällt etwa die Abwägung der berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. f DSGVO von Nutzer und Plattform bei der Finanzierung zugunsten des Datenschutzes aus: Es sei davon auszugehen, dass die Interessen und Grundrechte des Nutzers das Interesse des Plattformbetreibers an Personalisierung von Werbung und damit Finanzierung des Dienstes überwiegen würden (Rn. 117). Ich bin mir nicht sicher, ob sich alle Instagram-Nutzer diesem Votum anschließen würden, wenn sie vor der Wahl stehen, ihre Daten umfassend preiszugeben oder etwas für Insta zu bezahlen – aber bislang stehen sie ja vor dieser Wahl auch noch nicht. Das ist ein Datenschutzrecht mit Klauen und Zähnen!

Weitere Runden

Die EuGH-Entscheidung ist ein klarer Punktsieg für das Bundeskartellamt. Es wäre unverständlich, wenn das Kartellamt jetzt nicht endlich vom Meta-Konzern radikale Schritte verlangen würde. Immerhin haben nun BGH und EuGH die vollziehbare Entscheidung aus dem Jahr 2019 abgesegnet. Die in einer Medienmitteilung im Juni vorgelegte erste Umsetzungsmaßnahme – die Einrichtung von individuell steuerbaren Nutzerkonten – dürfte nicht genügen, vor allem nicht, wenn sie hinter einigen Klicks irgendwo im Einstellungsmenü versteckt ist.³⁵ Das Amt kann sich aber natürlich auch noch einmal ein Jahr lang Zeit lassen. Dann greift Art. 5 Abs. 2 DMA und die dann nie umgesetzte Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts wird als bedeutsame Fußnote in dessen Gesetzgebungsgeschichte eingehen.

Der kleine Dienstag übrigens, der aus Emil und die Detektive, wurde im Film von Hans-Albrecht Löhr gespielt, der die Rolle erhielt, nachdem er Erich Kästner,

³⁵ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/07_06_2023_Meta_Datenaenderung.html?nn=3591286.

dem Buch-Autor, Fanpost geschickt hatte. Darin stand der unverwechselbar schöne Satz: „Es war ein knorkiges Buch.“ Der EuGH-Entscheid verdient das Prädikat „knorkig“ auf jeden Fall auch.

DMA: The Seven

Am Super Tuesday wurde bekannt, welche Unternehmen sich als Gatekeeper im Sinne des Digital Markets Act (DMA) verstehen. Es sind gerade einmal sieben Unternehmen. Die 7 Zwerge? Die glorreichen Sieben? Die sieben Todsünder? Neben den üblichen Verdächtigen, also Apple, Amazon, Meta, Alphabet und Microsoft zählen auch ByteDance (TikTok) und der Überraschungskandidat Samsung dazu. Nicht gelistet: Booking.com, Airbnb, Spotify, Oracle, Netflix, SAP, Vivendi, Zalando, Paypal, Zoom, Salesforce, D-Kart, Uber, Verizon – und wer noch alles so durch diverse Listen geisterte. Von 10, 15, 20 Gatekeepern war zwischenzeitlich die Rede. Nun sind es im ersten Anlauf also nur 7.

Wie ist das zu deuten? Ich habe drei Lesarten im Angebot:

1. Seifenblasen-Variante. Bei der Gatekeeper-Bestimmung zählen vor allem quantitative Kennzahlen: 7,5 Mrd. Euro Umsatz oder durchschnittliche Marktkapitalisierung von 75 Mrd. Euro, mindestens 45 Mio. monatlich aktive Endnutzer und mindestens 10.000 jährlich aktive gewerbliche Nutzer, das alles in drei aufeinander folgenden Geschäftsjahren. Ist da manches, was groß tut im Internet, doch nur eine Seifenblase, die bei genauer Betrachtung der Zahlen platzt? Hype, Hype.
2. Teetrinker-Variante. Alle, die sich nicht gemeldet haben, müssten von der Kommission benannt werden. Das ist aufwendig. Das DMA-Team dürfte schon mit sieben Gatekeepern gut ausgelastet sein. Sollte es also zumindest hier oder da einen rechtlichen Zweifel geben, ob man wirklich die Kriterien erfüllt, könnte man sich erst einmal zurücklehnen, abwarten und Tee trinken: Soll die KOM mal kommen. Das würde in eine Strategie fallen, die Pessimisten ohnehin für den DMA erwarten – kein streberhaftes Compliance-Mitwirken, dadurch Überforderung der Kommission, die für ein echtes konfrontatives Vorgehen kaum ausgerüstet ist.

3. Fünferkreis-Variante. Die Benennung umfasst neben dem gruseligen Aufsteiger TikTok und dem Kandidat, der aus dem Dunkel kam, Samsung, die bekannten fünf GAFAMs. Auf sie richtet sich das Augenmerk ja eigentlich auch seit Beginn der Internetkritik. Und vielleicht hatten die Kritiker immer recht: Das Internet wird letztlich von diesen Unternehmen betrieben – und die anderen, die sich an den Rändern des fünfköpfigen Monopolblocks herumtreiben, sind eben doch keine Infrastrukturanbieter der Digitalökonomie.

Welche dieser Lesarten zutrifft und was die Kommission daraus macht, ist offen. Vielleicht ist es auch sehr gut, dass sie sich erst einmal auf die Top7 konzentrieren kann und nicht gleich mit einer Vielzahl von Unternehmen herumschlagen muss.

Wir wissen, dass wir nichts wissen

Was aber schon gewiss ist: Die Transparenz ist gering, die Prognosefähigkeiten der Think Tanks sind mau. Dass die Gatekeeper-Meldungen zur Überraschung wurden, zeigt eigentlich, wie wenig über diese seit Jahren im Fokus stehenden Unternehmen noch immer bekannt ist. Samsung ist in der Hinsicht übrigens ein interessantes Beispiel. Auch am Tag danach wusste noch keiner so recht, welche zentralen Plattformdienste Samsung eigentlich erbringt. Verdacht: Die akademisch geprägte Elite, die sich mit Big Tech-Kritik befasst, nutzt eben keine Samsung-Handys und kennt sich daher dort nicht aus (sie laufen übrigens mit Android, es gibt aber einen eigenen Samsung App Store und Browser). Sollte etwa der uralte Vorwurf doch zutreffen, dass sich *enforcers* und *policy-makers* am ehesten in ihre eigenen Alltagsprobleme, also in ihre iPhone-Lock-ins, eindenken können?

Der Meta-Konzern hat übrigens sein neues Features „Threads“ erst einmal nicht in Europa ausgerollt. Threads soll laut Politico „a poor man’s version of Twitter circa 2011“ sein. Copy & Paste zählt ja zu den Stärken von Meta. Twitter hat jedenfalls schon Schritte eingeleitet, um sich gegen die Nachahmung seines Dienstes zu wehren, wie auf, nun ja, Twitter nachzulesen

ist.³⁶ Dass der Meta-Konzern in der Lage ist, dank Kopplung an Instagram sofort mit einer relevanten Nutzermasse ins Twittergeschäft einzusteigen, spricht Bände. Das Mastodon weint stille Tränen hinter seinem großen Rüssel.

Der Grund für die Zurückhaltung mit dem neuen Feature in der EU liegt aber wohl in den Digital- und Datenschutzregeln, auch wenn die Irische Datenschutzbehörde, die mit Meta in Kontakt war, sich – *surprise* – nicht entgegengestellt hat. Wirkt die europäische Digitalregulierung also und bewahrt uns vor einem neuen nervigen Social Media-Kanal? Wer's bedauert (etwa wegen fehlendem Wettbewerb für Mikrobloggingdienst Twitter), sei getröstet: Sie haben ja Makrobloggingdienst D'Kart! Nicht nur an einem kleinen Dienstag, sondern an jedem Tag der Woche unter www.dkart.de.

Schönes Wochenende!

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

ANTITRUST SUPER TUESDAY (English version)

Rupprecht Podszun is a law professor at Heinrich Heine University in Düsseldorf and co-director of the Institute for Competition law.

contact: podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun, DKartJ* 2023, 54

Such a mass of competition law developments on a single day is rare: Germany is getting the "New Competition Tool", i.e. an amendment to its competition act, the ECJ has ruled in the matter of the Federal Cartel Office vs Facebook, and the companies that see themselves as digital gatekeepers in the sense of the Digital Markets Act have reported to the European Commission. Whew. On the Fourth of July 2023, an antitrust festival virtually took place in Europe. Rupprecht Podszun sifted through the events of the day.

Little Tuesday

Little Tuesday is a detective, he is one of Emil's gang, that wonderful investigator character dreamed up by Erich Kästner. Emil Tischbein had 140 marks stolen on his way to Berlin by a crook called Grundeis. With the help of a special investigative commission – Gustav mit der Hupe and Pony Hütchen – Emil chased the perpetrator, caught him and could rely on Tuesday, who was on telephone duty ("Parole Emil"). Emil and the detectives had qua imagination unlimited resources and investigation possibilities. The dawn raid ended in a bank, Grundeis's illegal profits were skimmed off, he was taken into custody and Emil was invited to eat cake by a journalist called Kästner. Well, that is a well-

known German child book with this guy called Little Tuesday.

The 4th of July 2023 was not a little Tuesday in Europe, but a big one, an Antitrust Super Tuesday in fact,

³⁶ https://twitter.com/SamuelStolton/status/1677072320748199937?ref_src=twsrc%5Egoogle%7Ctwcamp%5Eserp%7Ctwgr%5Etweet%7Ctwtr%5Etrue.

with all my favourite topics: Meta and ministerial permission, a burst knot and dashed hopes.

The biggest reform since Ludwig Erhard

Let's start with "tamed hunting dogs", i.e. the *Bundeskartellamt*, and let's fast-forward two days: At 6:16 p.m. in the early evening of 6 July in the year 2023 of our calendar, the German Parliament *Bundestag* convened and agreed in 2nd and 3rd reading to a "paradigm shift" in competition law and passed a reform of the Act against Restraints of Competition (GWB) – and indeed "the biggest since Ludwig Erhard" (State Secretary Sven Giegold from the Federal Ministry of Economics (BMWK) on Twitter). The knot was, so it was said, broken on Monday night: the government parties agreed on the final wording of the law. It was sent to the Members of Parliament on Tuesday, i.e. 48 hours, not 14 days before the vote.

The Federal Constitutional Court did not stop this rather short-term consultation, as it had done just a day before with another German law for lack of time for Parliament to go through the text. But in the case of the GWB there was no plaintiff, with no plaintiff, there is no constitutional veto. Opposition politician Hansjörg Durz (CDU/CSU) confined himself to a few enjoyable points (his speeches on competition policy are on point anyway, even if one disagrees on the matter):

"You say you are presenting here the biggest reform since Ludwig Erhard, but you hide it as if it were unpleasant for you. (...) Fundamental changes need broad political debate in a democracy."

And good laws also take time. I am writing this in the knowledge that I myself had a learning curve with this GWB amendment – even a law professor (well, certainly not me) doesn't always notice the issues that could still be changed when reading a draft for the first time between teaching civil procedure and the faculty council meeting. More about my learning curve later.

Bumper Sticker Material

Let's get this straight right away: *I'm in favour*. In the meantime, this amendment to GWB has taken on a polarising character. You just have to take a stand. In the

USA, we would already have bumper stickers: "When competition is disturbed – leave an emergency lane!" or "GWB11 – I stop for cartel enforcement". I found some of the statements in the debate a bit shrill in their choice of words. But maybe that's the way it is, the attention economy of the lobbyists. Perhaps some associations still have to get used to the fact that cargo bikes are currently on the *fast lane* to the green decision-makers in the Economics Ministry.

There are three topics in the GWB amendment that Florian Wagner-von Papp has already described here:³⁷ the enforcement of the DMA in Germany, the facilitated disgorgement of profits from competition law infringements (Section 34 GWB) and the power for the Federal Cartel Office to take measures following sector inquiries even without a violation of the law, namely in the case of a significant and continuing disturbance of competition – up to and including unbundling (Section 32f GWB). This was once discussed at EU level as the "New Competition Tool". For more details on the latest status, please refer to the small print in this overview.³⁸

The Big Points of the Novel

I was always puzzled by the fact that the focus was on Section 32f GWB, and there on issues whose practical relevance will possibly remain manageable. If I had to guess what we will see above all, it would be two points that hardly played a role in public discussions: First, the thresholds for stricter merger control following sector inquiries in Section 32f(2) GWB are considerably lowered compared to the previous Section 39a GWB. Instead of 500 million (acquirer) and 2 million (target) EUR turnover, only 50 million and 1 million EUR turnover will be required in future. My guess: As a result of sector inquiries, there will first be a considerable expansion of merger control for certain companies in the future, especially since this can be enforced more easily than everything else provided for in Section 32f GWB.

The other big point of the amendment is the facilitated disgorgement of profits according to Section 34 GWB. (This has nothing to do with the market investigation tool, but is a general provision). A profit of 1% can be

³⁷ <https://www.d-kart.de/blog/2023/05/03/the-11th-amendment-to-the-arc-and-germanys-new-competition-tool/>.

³⁸ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/076/2007625.pdf>.

skimmed off quite easily with the help of an almost irrefutable presumption after an infringement of competition laws. MP Sandra Detzer (Greens) thankfully pointed out in the concluding Parliament debate that an essential requirement of the rule of law is thus realised – that the perpetrator is not left with the fruits of his crime. Emil Tischbein and Little Tuesday in the child book understand this without further ado. Yet, according to the Bundeskartellamt itself, the German practice up to now has been different: The fines allegedly do not skim off any unjust gain, but merely punish the unlawful act. The new provision could become an expensive game changer for competition law infringers, especially when abuse of dominance is at stake, where there are hardly ever financial sanctions in Germany (no fines, no damages, no disgorgement of benefits).

On the practical relevance of the new tool

The last amendments to Section 32f GWB lower the subsidiarity clause somewhat (i.e. the issue whether it first has to be established that the behaviour in question cannot be remedied with traditional competition law proceedings). Changing that subsidiarity clause is a reasonable step. Also, legal protection is strengthened by giving suspensive effect to appeals against measures taken by the Bundeskartellamt after sector inquiries. From the lectern, Sebastian Roloff (SPD), who had acted as Parliament's rapporteur, expressly thanked the team of the Federal Ministry of Economics around Thorsten Käseberg, who must have invested some nerves into the wording of the Market Investigation Tool. So what has come out of it now? In the words of Verena Hubertz (SPD):

"The [Federal Cartel Office] is not a tiger that we let out of some cage, but it is a well-tamed hunting dog."

Right after the vote in Parliament, Andreas Mundt, leader of that hunting pack, tried to lower expectations a little:

"With the application of the new provisions, we will be entering new territory, with many new legal questions. The procedure is very complex, offers the affected companies extensive legal protection and is subject to very high evidence requirements. Proceedings will probably take years."

And of course, the *ceterum censeo* of a head of authority could not be missing:

"We hope to get the resources we need to do this."

The bars of the tiger cage

Mundt is right. The "biggest reform" ever ever ever will play a limited role in practice. And that has also been a major point on my learning curve, after I had initially let myself be carried away by what a *paradigm shift* is in store when it is no longer an infringement of the law but "only" a disturbance of competition that becomes the starting point for executive intervention. The sector inquiry *plus* will probably be a rarity, but it will be really helpful in the cases then examined. So far, the Bundeskartellamt has only completed one sector inquiry per year, if at all. With increased requirements and the reduced willingness of companies to cooperate in sector inquiries (they must now expect that something will follow), the number will decrease rather than increase. There is really no question of a tiger out of control, snatching up companies at whim.

The second point of my learning curve (after I too had racked my brains as to how to define the disturbance of competition more precisely): The real limitation of an extensive interpretation of the necessarily open concept lies not in piling up new material terms (essential, substantial, special, continuous, terrible, worst ever), but in a procedural safeguard: through judicial legal protection, but also – this is my plea – through a broader set-up within the Bundeskartellamt. Decisions in the German competition agency are independently taken by chambers of three members (similar to courts). That looks a bit weak for decisions based on the Market Investigation Tools. Why not have another Decision Division cross-check with "a fresh pair of eyes"? Why not set up a larger decision senate, chaired by the vice-president, as Heike Schweitzer (HU Berlin) suggested? This would promote the uniform interpretation of the many new terms, and that is all the more important when there are not many opportunities to do so. In addition, this would be a further safeguard in case a decision-making trio turns wild (such cases of institutional *capture* are said to exist, although of course never at the Bundeskartellamt). The legislator has not provided for this safeguard; there would still be room for it in the Bundeskartellamt's rules of procedure.

Is that even necessary?

The key question remains: Are there constellations or sectors in which antitrust law is currently not getting anywhere? I do believe that there are such situations of a structural lack of competition. My Mannheim colleagues Martin Peitz and Jens-Uwe Franck saw it the same way in the expert hearing. Even Heike Schweitzer, who is not suspected of being sympathetic to *hipster antitrust*, affirmed such a need for readjustment in the expert hearing. She would react to this with selective amendments to the ARC. I prefer the general clause of “distortion of competition”, so that we don’t have to make costly readjustments every time there is a new phenomenon in the market. If you look at the previous sector inquiries and their results (Tristan Rohner and I summarised this in a statement for the Bundestag, see here page 11f.)³⁹ you get the impression: Yes, these could really be areas where a small competitive impulse would be helpful.

To sum up: In the future, the Bundeskartellamt can provide some stimulation in markets that fell asleep. Hurdles for the Amt are high, but still it is pretty amazing that it can interfere without an infringement of the law. This can be viewed critically because of the general clause-like wording. One could restrict the Bundeskartellamt more in terms of procedural safeguards. It can also be argued that in such cases the legislator should intervene (a *counterfactual* that friends of competition may view with mixed feelings).

The following criticism, however, seems rather exaggerated, to say the least:

“The planned changes will dampen competition and thus tend to lead to higher prices” (Stefan Gentz, Managing Director of the HDE trade association).

Perhaps the logic that an intervention that stimulates competition dampens competition will become clear to me after a longer period of reflection – learning curve. If this is not the case, I blame the HDE position on the fact that the large retailers, which apparently set the tone in the HDE, perhaps see their little group as potential candidates for pro-competitive intervention. After all, the federal government has hinted at this in its coalition agreement (p. 37).

³⁹ https://www.bundestag.de/resource/blob/952732/ed9046d70d09bd236b74fee2146f1918/20-9-268_Stellungnahme_Prof-Dr-Podszun-data.pdf.

The next amendment around the corner?

As far as the coalition agreement is concerned, Gerald Ullrich (FDP) had a little surprise in store during the Bundestag debate. He said that the coalition agreement had actually been over-fulfilled and that he therefore assumes that there would be no further amendment of the competition act in this legislative period. Can Team Giegold drop its pen for the time being? Not so sure – in my reading of the coalition agreement there are still competition law issues that have not been settled with the 11th amendment: Integration of sustainability, powers for consumer protection, reform of ministerial authorisation. Oh, the next season will be entertaining!

Eating cake

Presumably, the people involved from the Ministry and the Bundestag will first treat themselves to a piece of cake on the Ku’damm, just like Emil and the detectives after they had finished off Grundeis. For that, three little icings on the cake:

- Minister of Economics Dr Habeck is not a historian, but he is a literary scholar. He had said in the debate: “Mothers and fathers of the economic-political order of the Federal Republic” had written the GWB as the basic law of the market economy. I am under the impression of a remarkable editorial on the topic of “feminist competition law” in the journal NZKart by Katrin Gaßner and Thomas Lübbig, and so the question arises in my mind: Were there “mothers” of the economic order in Germany? So far, the Freiburg School of ordoliberalism has seemed rather male-dominated to me. Hints welcome!
- The Süddeutsche Zeitung⁴⁰ reported an interesting detail on the last ministerial approval of a merger that had been banned by the Bundeskartellamt. The Ministry (then led by Merkel’s Peter Altmaier) had trumped the Bundeskartellamt’s prohibition of the Miba/Zollern bearings merger on grounds of public interest. It had set as a condition that the parties involved were required to invest EUR 50 million in the joint venture in Germany.

⁴⁰ <https://www.sueddeutsche.de/projekte/artikel/wirtschaft/altmaier-miba-zollern-tricks-e827624/?reduced=true>.

According to the newspaper (and reported on Super Tuesday), this condition is said to have been partly fulfilled by buying companies from the parent company. Oh. More detailed clarification of this affair: Unfortunately not – business secrets.

- On Super Tuesday, the new report of the German Monopolies Commission also arrived in due time.⁴¹ Its core statement: Deutsche Bahn must be split up. This could even be done without recourse to Section 32f of the GWB, since the owner is, appropriately enough, the legislator himself. The Commission published its damning report on the German railway system with the headline “Time to GO”, a request that some would like to address to the management of Deutsche Bahn, but which unfortunately is also addressed by Deutsche Bahn to its customers from time to time (then in the variant: Time to WALK/FLY/DRIVE/USE SCHIENENERSATZVERKEHR).

ECJ: Mega Mega META

Another topic. The European Court of Justice has ruled on the case that has thrilled this blog for years. The decision, a response to the questions referred by the Higher Regional Court of Düsseldorf in the Facebook case of the Federal Cartel Office, leaves nothing to be desired in terms of clarity.⁴² The Grand Chamber of the ECJ (15 judges!) chaired by President Koen Lenaerts obviously wanted to set an example. From the point of view of antitrust law, the Court held that competition law in the digital age does not work in isolation:

“As pointed out by the Commission, inter alia, access to personal data and the fact that it is possible to process such data have become a significant parameter of competition between undertakings in the digital economy. Therefore, excluding the rules on the protection of personal data from the legal framework to be taken into consideration by the competition authorities when examining an abuse of a dominant position would disregard the reality of this economic development and would be liable to undermine the

effectiveness of competition law within the European Union.” (para. 51)

It is a matter of course that the competition authorities, when they examine data protection, must then coordinate with the data protection authorities. What is not self-evident is that the ECJ itself has already subsumed how this was done in the specific case – some may still remember the probing questions in the oral proceedings when the Bundeskartellamt’s team (Jörg Nothdurft, Konrad Ost, Irene Sewczyk and Julia Topel) had to explain again and again when exactly they had communicated what with which data protection authority. The answers seem to have been convincing: “The Federal Cartel Office appears to have fulfilled its obligations of sincere cooperation with the national supervisory authorities concerned and the lead supervisory authority.” (para. 61)

The low-data variant

The Bundeskartellamt’s examination concept is confirmed again towards the end of the ECJ decision. In the case of a dominant company, there could be a clear imbalance between platform and user. And further:

“Thus, those users must be free to refuse individually, in the context of the contractual process, to give their consent to particular data processing operations not necessary for the performance of the contract, without being obliged to refrain entirely from using the service offered by the online social network operator, which means that those users are to be offered, if necessary for an appropriate fee, an equivalent alternative not accompanied by such data processing operations.” (para. 150)

The rapporteur, the Italian judge Lucia Serena Rossi, has apparently read the ~~commentary on the~~ Digital Markets Act. According to Art. 5 para. 2 DMA and Recital 37, the user must have the specific choice of selecting a variant that requires little personal data. This applies not only to Facebook or Instagram, but to all core platform services that are covered by the DMA – we will see which ones in a moment. In any case, Google Search is one of them.

⁴¹ <https://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/hauptgutachten/423-9-sektorgutachten-bahn-2023-time-to-go.html>.

⁴² <https://www.d-kart.de/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/>.

Data protection service

Wait a minute, those in the know will now say, even if consent may be difficult, there is still the possibility of other permissions to collect data! Correct. But this is where the ECJ decision really comes into its own. The judges in Düsseldorf, who brought the case, had inquired into the interpretation of Articles 6 and 9 of the GDPR, and in doing so, they have done the data protection lawyers a longed-for great service. What the ECJ is establishing here has disruptive potential for the digital economy. The requirements for the collection of data covered by Art. 9 GDPR, i.e. particularly sensitive data, are formulated strictly. Example: Anyone who calls up a queer website and is subsequently sorted into the advertising marketing category “queer” will presumably be the victim of a data protection violation – unless the person has given explicit prior informed consent on the basis of explicit information. According to my layman’s assessment of data protection law in the parallel sphere, these requirements are likely to be fulfilled rather rarely in practice.

And this also applies to the facts of Art. 6 of the GDPR, which provides for several exceptions. Every conceivable justification that Meta had put forward in the proceedings to justify the building of super profiles is brushed aside. For example, the weighing of the legitimate interests of the user and the platform according to Article 6(1), subparagraph 1(f) of the GDPR is in favour of data protection in the case of financing: It must be assumed that the interests and fundamental rights of the user outweigh the interest of the platform operator in personalising advertising and thus financing the service (para. 117). I am not sure whether all Instagram users would agree with this vote if they were faced with the choice of comprehensively disclosing their data or paying something for Insta – but so far they are not faced with this choice either. This is data protection law with claws and teeth!

More rounds

The ECJ decision is a clear victory for the Federal Cartel Office. It would be incomprehensible if the Office did not now finally demand radical steps from Meta. After

all, the highest courts have now blessed the enforceable decision from 2019. The first implementation measure presented in a media release in June⁴³ – the creation of individually controllable user accounts – is unlikely to suffice, especially if it is hidden behind a few clicks somewhere in the settings menu. However, the office can of course take another year. Then Article 5 (2) of the DMA will apply and the Bundeskartellamt’s Facebook decision, which will then never be implemented, will go down as a significant footnote in its legislative history.

Little Tuesday, by the way, the one from Emil and the Detectives, was played in the film by Hans-Albrecht Löhr, who got the part after sending Erich Kästner, the book’s author, fan mail. In it was the unmistakably beautiful sentence: “It was a corky book.” (Not sure whether this correctly translates into English...) The ECJ decision definitely deserves the title “corky” as well.

DMA: The Seven

On Super Tuesday, it became known which companies see themselves as gatekeepers in the sense of the Digital Markets Act (DMA). There are just seven companies. The seven dwarfs? The Magnificent Seven? The seven deadly sinners? In addition to the usual suspects, i.e. Apple, Amazon, Meta, Alphabet and Microsoft, they also include ByteDance (TikTok) and surprise candidate Samsung. Not listed: Booking.com, Airbnb, Spotify, Oracle, Netflix, SAP, Vivendi, Zalando, Paypal, Zoom, Salesforce, ~~D-Kart~~, Uber, Verizon – and whoever else was floating through various lists. In the meantime, there was talk of 10, 15, 20 gatekeepers. Now, in the first attempt, there are only 7.

How is this to be interpreted? I have three readings on offer:

1. Bubble variant. Quantitative key figures are what count most in determining the gatekeeper: 7.5 billion EUR in turnover or an average market capitalisation of 75 billion EUR, at least 45 million monthly active end users and at least 10,000 annually active business users,

⁴³ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/07_06_2023_Meta_Datenaenderung.html?nn=3591286.

all in three consecutive business years. Are some of the big things on the internet just a soap bubble that bursts when you take a closer look at the figures? Hype, hype.

2. Tea-drinker variant. All those who have not come forward would have to be nominated by the Commission. This is costly. The DMA team is probably already well in work with seven gatekeepers. So if there is at least a legal doubt here or there as to whether one really meets the criteria, one could first sit back, wait and see: let the COM come. This would fall into a strategy that pessimists expect for the DMA anyway – no nerdy compliance participation, thereby overburdening the Commission, which is hardly equipped for a real confrontational approach.
3. Oligopoly variant. In addition to creepy TikTok and the candidate that came out of the darkness, Samsung, this is the well-known five GAFAMs. They have, after all, been the focus of attention since the beginning of internet criticism. And perhaps the critics have always been right: the internet is ultimately run by these companies – and the others that hang around the edges of the the five-headed monopoly bloc are not infrastructure providers of the digital economy after all.

Which of these readings is correct and what the Commission makes of it is open. Perhaps it is also a very good thing that it can concentrate on the top 7 for the time being and not have to deal with a multitude of companies straight away.

We know that we know nothing

What is already certain, however, is that transparency is low and the forecasting skills of the think tanks are meagre. The fact that the gatekeeper reports became a surprise actually shows how little is still known about these companies that have been in the spotlight for years. Samsung, by the way, is an interesting example in this respect. Even the day after, no one really knew what core platform services Samsung actually provides. Suspicion: the academic elite that deals with big tech criticism doesn't use Samsung phones and therefore doesn't know anything about them (they run Android, by the way, but there is a separate Samsung app store and browser). Is it possible that the age-old accusation is true that enforcers and policy-makers are best able to think their way into their own everyday problems, i.e. into their iPhone lock-ins?

Incidentally, the Meta Group has not rolled out its new "Threads" feature in Europe for the time being. According to Politico, Threads is "a poor man's version of Twitter circa 2011". Copy & paste is one of Meta's strengths. In any case, Twitter has already taken steps to defend itself against the imitation of its service, as can be read on, well, Twitter.⁴⁴ The fact that Meta is able to immediately enter the Twitter business with a relevant user base thanks to its tie-up with Instagram speaks volumes. The mastodon cries silent tears behind its big trunk.

However, the reason for the reluctance with the new feature in the EU is probably digital rules, even though the Irish Data Protection Authority, which has been in contact with Meta, has – *surprise* – not opposed it. So is European digital regulation working and saving us from a new annoying social media channel? Those who regret it (eg for lack of competition for Twitter), be comforted: You have D'Kart! Not just on a little Tuesday, but every day of the week at www.d-kart.de.

Have a nice weekend!

⁴⁴ https://twitter.com/SamuelStolton/status/1677072320748199937?ref_src=twsrc%5Egoogle%7Ctwcamp%5Eserp%7Ctwgr%5Etweet%7Ctwtr%5Etrue.

Friso Bostoën, Tilburg/Madlen Karg, Munich/ Florence Thepot, Strasbourg

Conference Debriefing (36): ASCOLA 2023

Friso Bostoën is an Assistant Professor at Tilburg University. Madlen Karg is a Research and Teaching Fellow at Technische Universität München. Florence Thepot is a Lecturer in Law at the University of Strasbourg.

contact: f.Bostoën@tilburguniversity.edu;
madlen.karg@tum.de f.thepot@unistra.fr

suggested citation: *Bostoën/Karg/Thepot, DKartJ* 2023, 61

ASCOLA is the Academic Society for Competition Law, the global organization that brings together scholars from all over the world once a year. This year, antitrust professors and their future successors met in Athens (Greece) for the three days Olympics of Competition Law Scholarship. Herbert Hovenkamp was there – and so were Friso Bostoën (Tilburg), Madlen Karg (TU Munich) and Florence Thepot (Strasbourg). The three youngish scholars share their insights and photos here in this Conference Debriefing!

Name of event: 18th Annual Conference of ASCOLA (Academic Society for Competition Law) – full programme [can be seen here](#).⁴⁵

Topic: Competition as an Institution and Economic Transformations: A Change of Paradigm?

Place & time: June 29th – July 1st, Athens

Hosts: Alexandra Mikroulea, Emmanouil Mastromanolis (University of Athens Law School); Ioannis Lianos (Hellenic Competition Authority)

Audience: Around 150 participants

Day 1

👋 Friso Bostoën, Assistant Professor (Tilburg University), ASCOLA five-timer

Now that the worst of covid pandemic is over, the only impediment to hugging long-lost colleagues was the Athens summer heat ('nothing compared to Aix', according to survivors of the 2019 conference). Registration provided a beautiful mix of old acquaintances ('where are you based now?', 'congratulations!') and many new encounters ('I've read your work, so good to finally meet you!').

With a crowd sensitive to power balances, it quickly became clear some universities were approaching dominance. Utrecht University seemed to have shipped half of its law school to Athens (Anna Gerbrandy, Jasper Sluijs, Paulina Phoa, Zlatina Giorgieva, and a small army of Ph.D. students). Also out in force: the University of Glasgow, with affiliates past (Sandra Marco Colino, Florence Thepot) and present (Magali Eben, Stavros Makis, Konstantinos Stylianou). Other strong showing included EUI (with Linus Hoffmann, Selçukhan Ünekbaş, Velizar Kirilov and Niccolo Galli) and the University of Warsaw (with Maciej Bernatt, Marta Sznajder and Joanna Mazur). Finally, the strong Brazilian presence didn't go unnoticed!

Midway the first cup of coffee, everyone was herded into the Aula Magna (wait, isn't that Latin rather than Greek?). The very able students and competition authority interns made sure no cups were snuck inside the room, and—once inside—you understood why you wouldn't want stains ruining the place.

Michal Gal, ASCOLA's outgoing president, opened the conference with the message that competition law is *still* sexy. Indeed, having broken into the mainstream over the past years, competition law's challenge

⁴⁵ <https://ascola2023uoa.epant.gr/> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

is now to *maintain* relevance rather than to acquire it. The cutting-edge topics discussed at the conference reassured me that relevance wouldn't become a problem anytime soon. But I'm getting ahead of myself.

We got an insight in just how difficult it is to organize the ever-growing ASCOLA Conference from one of the hosts, Alexandra Mikroulea. Even in discussion of logistics, she managed to hint at her disagreement with co-host Ioannis Lianos's views on polycentric competition law. Such friendly jabs would continue during the rest of the conference.

During introductions, we got the first sign that the conference was blessed by the gods. One of the large standing lamps spontaneously started puffing ~~smoke~~ incense. Heathens will argue it was a bug that flew too close to the ~~sun~~ lamp, but us believers know better!

The first plenary session tackled 'Economic Challenges for Competition'. Ioannis Lianos challenged Olivier Guersent, Tommaso Valletti and Chrysovalantou Miliou with a tough topic: how does competition policy, traditionally a matter of micro-economics, deal with a growing body of macro-economic research that points to a less-than-competitive situation (think of increasing industry concentration and markups, the falling labour share, etc.).

This clash between the surgical tools of competition law and the big picture problems was a constant during the conference. It's this clash, perhaps more than anything, that explains the rise of the New Brandeis Movement. It also explains the 10+ presentations on sustainability. When the world's on fire, it just doesn't suffice to say that competition law can't do *anything* (though it surely can't do *everything* either).

Innovation is key in competition law—and in its conferences. With a characteristic dose of self-deprecation and sarcasm, incoming ASCOLA President Rupprecht Podszun announced that 'after all those years, we finally come up with something new'. The idea? Well, we know how much academics love having to cut their papers (right?), why not let them cut their talks? And so the ASCOLA TED Talks were born.

Ninety seconds turned out to be plenty for scholars to put in a memorable performance. Michal Gal herself opened the session with a teaser on synthetic data, and then the wheel of fortune decided the next ~~victim~~ honoree. Elettra Bietti put her finger on the confused conceptions of the competition law–regulation interface, while Thalalolwazi Msutu showed us how public

interest plays a role in South-African merger control. When the wheel landed on 'the joker', Ioannis pulled in Stavros Makris who—completely unprepared—had to convince us of the 'effective competitive constraint' standard. Good luck!

Then, the great dispersal began, as participants spread out over the different venues for the parallel sessions. There was a choice between staying in the same building—enjoying the aircon and having enough time to chug another half cup of coffee—or taking a leisurely walk to one of the other venues. Competition lawyers, who know all about status quo bias from Google Shopping and Android, were not immune from it: the sessions in the main building drew suspiciously large crowds.

Panel 2, on mergers, was worth the walk though, for the panelists as much as the audience. When Christophe Carugati argued that the new Article 22 Guidance could lead to over-enforcement, Tommaso Valletti had to step up: 'What's the evidence for that? We're coming from 0 blocked mergers in the digital space—this is a fig leaf.' Rupprecht Podszun wasn't spared either, when he dared call the question of merger referrals 'exciting'.

OpenAI has changed the world (as anyone who corrects take-home exams/essays can attest...). This also meant that the panel on competition and algorithms, which was old hat last year, now drew enough participants to fill every chair in the room. Peter Picht gave ChatGPT the competition law treatment. Exam question tip: do ChatGPT and its LLM brethren qualify as one of the 'core gatekeeper services' in the Digital Markets Act, and if so, which one?

Talking about that conspicuous piece of legislation: we've reached 'peak DMA'. It felt like every other panel concerned the DMA, or at least had a presentation on it—to the mild dissatisfaction of some participants. My humble proposal: let's create the ASDMALA, to which we ban all DMA papers. This should be uncontroversial: after all, ASCOLA is about competition law, and the DMA is not competition law, right? Hey, that's what the text itself says!

Another trend, this one much-welcomed, was the increasing discussion of competition law in the Global

South. Scholars including Muhammad Rifky Wicaksono, Liat Davis and Vellah Kedogo Kigwiru highlighted the inspiring developments, from Indonesia to Kenya, while also making clear there's a lot of work to be done. This growth area definitely deserves (even more of) the spotlight in future conferences.

The day ended with a reception on the roof of the Benaki Museum of Greek Culture. There was a lot to celebrate beyond a fruitful first day. For one, it was ASCOLA's 20th birthday party. In addition, Fabiana di Porto handed out the Best Junior Paper Award. In a strong field, Stavros Makris and Elias Deutscher distinguished themselves with a paper on 'Merger Control and Sustainability'. Congratulations!

Day 2

👉 Madlen Karg, Research and Teaching Fellow (Technische Universität München), ASCOLA two-timer

Sleep is for the weak

Since a lot of wisdom, wit and wine was shared at the welcome reception, Day 2 began with a lack of sleep for some participants. Paul Nihoul predicted there would be even less sleep the next day (as former president of ASCOLA and a veteran of many conferences, we had no reason to doubt him). But enough sleep doesn't make for good (competition law) friendships – as some Greek philosopher probably said at one point. The organizers must have seen this coming and provided enough coffee before the 448 panels of the day started.

Goals, Goals, Goals

The panel choice on Day 2 was hard indeed! Dominant themes were the Goals of Competition Law (5 panels), Global and Comparative Competition Law (3 panels), and Correlation of Competition Law and Sustainability, Consumer and Data Protection (3 panels). Institutions, Pharma, Health, Agriculture, Financial Markets and State Restrictions to Competition were covered as well.

Discipline Diversity or Competition Law and Survival of the Fittest?

This year's program offered a variety of interdisciplinary work as well. Nope – not talking about economists (we already belong together like ~~Bonnie and Clyde, Batman and Robin, Mario and Luigi, Tom and Jerry~~, Rupprecht and Justus!). I'm talking about historians like Anselm Küsters. He presented his book, which provides a progressive historical analysis of competition law from the 1950s until the 2000s covering also the influence of ordoliberalism on EU Competition Law. Unique was also the idea presented by Alexey Ivanov and Gergely Boza: they brought together different ecosystems within the scope of digital market competition law by considering it from an ecological perspective, suggesting that online and real-life ecosystems might have similarities.

The Dean himself

After the first round of panels, excitement spread among competition law fans, since this year's keynote was going to be delivered by the one and only Dean of Antitrust, Herbert Hovenkamp. He gave a keynote on Markets and Gatekeepers, and singlehandedly met our high expectations. In keeping with the speaker, the venue was venerable and impressive. Analyzing the AICOA (American Innovation and Choice Online Act) and its' gatekeeper approach he concluded that it's basically bad law. For one, it targets an innovative sector with little sign for the usual harms of monopoly and prohibits a lot of competitively harmless behaviors. Instead of focusing on entire companies as gatekeepers, it would be preferable to align the gatekeeper designation with problematic product markets. On the other hand, it misses conduct of firms that are not designated as gatekeepers (i.e., offline sellers who are not included no matter what size). One message the EU competition academics certainly like to hear: US antitrust law could learn from EU law on abuse of dominance!

Still pending: Sustainability – yes or no?

Lunch was followed by another pair of panel sessions. Particularly popular and crowded (we ran out of chairs) was the Competition Law and Sustainability panel with the prize-winning duo of Elias Deutscher and Stavros Makris, joined by Bruce Wardhaugh. To get ahead of myself: the award was very well deserved. But let's start at the beginning: Competition Law scholars are still discussing intensely if and how sustainability

aspects could be included into competition law as a non-competition goal (don't want to intrude but: Competition Law is not an island and Art. 11 TFEU is there for us! And sorry for taking so long, Greta!)

Elias was the dominant speaker of the session since he started with one of his solo papers, to be followed by his co-presentation with Stavros. But don't worry – Stavros and Bruce kept him from monopolizing his speaking time. Elias spoke on Competition Law and supply chain resilience and showed clearly how global supply chains are affected by outlining the creation of bottlenecks as an example. This was followed by his co-paper with Stavros on merger control and sustainability. They claimed that in certain markets price increases might be beneficial for the environment and hence have a positive effect on sustainability (e.g., fewer car sales). However, they did not argue this in a vacuum but also proposed concrete solutions (award-winning-qualities!) by suggesting a progressive model to assess whether sustainability goals are actually met (i.e., an error cost analysis and a standard of proof that requires a realistic prospect of sustainability benefits). Completing the session, Bruce provided an antithesis to the first two presentations by stating that in no situation competition law standards should be relaxed to meet sustainability goals. He concluded that regulation is a far better way than introducing non-competition goals into a competition law analysis.

State restrictions – underestimated?

Moving away from the goals of competition law – a panel covering State restrictions on Competition was a particularly refreshing way to end the academic Day 2. To quote Lena Hornkohl: “Only one panel on state restrictions?”

To counteract that thematic under-representation Lena gave an insightful presentation on the divergence of the Foreign Subsidy Regulation (FSR) and Art. 107 TFEU. Since there are still a lot of open questions (looking for a research topic, anyone?) about the new FSR, legal uncertainty is to be expected, Lena concluded.

Annika Stöhr followed with an economic perspective, presenting a project she is working on with Oliver Budzinski (who was dearly missed this year – he is an ASCOLA-safe bank – but Annika did a very good job

representing TU Ilmenau). Their paper analyzes different kinds of potential distortions of competition through foreign states. Starting with the much appreciated (and often underestimated) question if there actually is any problem at all, they conclude that it is worth the research for sure! Looking forward to the final results (no pressure).

Jasper Sluijs followed and took a look at predatory pricing by state-owned enterprises. Working with different assumptions (e.g., that state-owned enterprises are characterized by higher marginal costs), he empirically researched whether state-owned-enterprises are more likely to price predatorily in a mixed duopoly market. To figure that out, Jasper and his co-author Florian Heine put students in a lab letting them manage a state-owned enterprise in a profit-maximizing way – they were paid based on the results. Great methodology! (Where can we sign up?)

Ascola General Assembly

First, the budget, Then some votes. Long live to the new ASCOLA board and executive team! What a wonderful contribution ~~Queen~~ President Michal Gal made to our community during her reign, making us bigger and better. The future is bright too, with, among others, Magali Eben, well-known as the co-chair of the UK chapter and, well-known too, new president Rupprecht Podszun. ASCOLA claims to be ‘THE place to showcase your work on competition law & policy’. It can rightfully do so, but only because many work tirelessly to make that a reality.

Greek taverns, temples, and traffic jam

The crowning finale of a long but wonderful day was our bus excursion along the Athens Riviera and a Greek Taverna Dinner by the sea with a view of the Sounion Temple. In front of this impressive scenery, the strains of the Athens rush hour-traffic jam were quickly forgotten. Another one dearly missing? Philip Marsden! We all would have loved to hear one of his infamous rap performances in front of a temple. But Florian Bien and Björn Christian Becker from Würzburg (next year's hosts) already announced an ASCOLA-concert for 2024 – can't wait for Philip to join and drop some lines! After all, Nas sampled Beethoven over 20 years ago. So let's go: *'I know I can ... introduce*

non-competition goals into competition law’. Ok, ok, enough. *mic drop* Madlen out!

Day 3

👉 Florence Thepot, Lecturer in Law (University of Strasbourg), ASCOLA third-timer

Last (and first) time I blogged, was during the London 2012 Olympics. I was fortunate enough to be a volunteer based in the Olympic Village. Yes, right in the middle of my PhD (don’t tell my supervisor). Athens 2023 is no different. Several disciplines, events, venues. Many nations represented (Utrecht as the team USA?). A superb atmosphere, impeccable organisation, and lovely volunteers. There was even a surprise lightening of the Olympic Flame during the opening ceremony. And it’s about competition. But as ~~Pierre de Coubertin~~ Paul Nihoul, said at the medal ceremony, “at ASCOLA, cooperation is greater than competition”.

9.15 am – Session 34 @ The Cinema (dark, comfy chairs, and cool)

Post night out for the bravest souls. Who was lucky to present? I certainly was! To my greatest surprise, my session was well-attended. Magali Eben, Dina Waked, Giorgio Monti, Marios Iacovides and various skills or jurisdictions were present in the audience. Topic: blurring the boundaries of the firm. Stuff at the interface between corporate law/ finance and antitrust.

Vinicius Klein made us the gift of a case study: what happened following the (partial) privatisation process of the Brazilian steel sector in the 1990s? Post-privatisation: look at the ownership composition, and account for various financial & corporate links? You realise that the state’s influence is not gone, the sector is more concentrated and not open to new competitors. Lesson number 2: maximising asset values should not be the only focus (everyone, listen!).

Anna Tzanaki, the common ownership diva and also my corporate/antitrust soulmate, presented two papers. First, common ownership in the fintech market. Co-authored with José Azar, one of the famous ‘airline paper’ authors, and Liudmila Alekseeva. Interdisciplinarity at its best. Empirical evidence of extent and impact is provided and analysed. Strong theoretical legal and economic frameworks. I learned that common

ownership is more of concern in publicly listed fintech companies than in start-up/private fintech companies. And that fintech M&A should be scrutinised with that in mind.

Anna’s second paper is on private equity, another ‘investors, beware – antitrust is watching’ area. A lot of political background provided (Lina Khan and Jonathan Kanter, you’ve been mentioned). Back to the law: should we (better) use antitrust tools? To remedy what? For whatever it’s useful, the US merger control regime is quite well-equipped (while also being reformed). And in the EU, we have this peculiar parental liability scheme – see the Goldman Sachs case – that may be used.

My turn then. Financial and corporate links – e.g., common ownership, interlocking directorates (not sure what it is? Please ask, or read) – between companies blur the boundaries of the firm, and may have an impact on competition. I know, we worry about a lot more things these days. Given that the concept of undertaking, underlying the application of EU competition law, is such an important premise, is there a blind spot? The US do things different (of course). Special announcement: interlocking directorates (my favourite topic) is sexy again in US enforcement! Best question and encounter: Teodora Groza, another competition law academic looking at the theory of the firm!

Plenary session/ Knowledge Production and Public Engagement: The Closing Ceremony

After a quick coffee/light lunch, now off to the grand finale. The most strategic among us knew where to sit to hear something in this magnificent auditorium (beauty being inversely proportionate to acoustics).

In our field, academics all know too well what’s wrong and what should be improved. We too all have ideas on how to change the world that is one fire. Or not. Competition law cannot do everything ~~and let’s just go to the beach!~~

Now: how do ideas become policy, in practice? We couldn’t have hoped for a better panel: Joanna Mazur, Alexandre de Streel, Ioannis Lianos, Katerina Linos, and finally, Giorgio Monti (the panel’s ‘imposter’, in his own words...).

Who gets to influence policy? Joanna Mazur knows who (most of) you are.... you, experts quoted by the Commission in the various Google decisions (proper deduction skills, given that a lot is redacted). Her dataset enables her to analyse the functions of such sources. From 'authoritative claims' to 'battle of the sources'. Important quality issues were also raised, such as the role of 'commercial science', internet-based data, and big tech induced sources (but, given they are at the heart of that data, that's quite logical).

Alexandre de Streel, well positioned to advise on how to translate an idea into policy as a key advisor to the Commission in digital markets, had some very practical and inspiring tips for us. Two keywords: develop and deploy. Develop. Pick some good concepts/ideas. They must be concrete, stable, enforceable, and in line with some existing policy agenda of the institution (independence need not mean neutral). Then, deploy. Use the relevant channels – public consultations, conferences, informal contacts.

A good dataset is key to knowledge production, and Katarina Linos' impressive work on antitrust policy diffusion is an example of that. For example, there are lots of data that can help understand the limits of competition policy effectiveness across the globe: domestic buy-in, competition agencies' staff, whether competition policy is used for other goals. (I of course don't want to hint whether the latter is a – or + for impact!)

What about the economists (not) in the room? (All at CRESSE 2023!)

Giorgio Monti said that there's no such thing as lawyers and economists cross-fertilizing each other (Posner's suggestion :)), even in our field. There's limited amount of economics literature that lawyers see as legitimate – we see economists through a biased lens (and vice versa, right?). When willing to impact policy, one may be pragmatic – try to influence things within the scope of given premises, in the short run, as a policy entrepreneur.

Unless we should aim for more? Why not be the Karl Polanyi in the room? (This rejoins a very good question Elettra Bietti put to the panel).

Ioannis Lianos knows quite a lot about economics ('How it started') and also knows quite a bit about enforcement (how it's going: now the Hellenic Competition Commission's Zeus). He exposed an impressive, complex and elegant framework to understand economic expertise, and its role in implementing the law. Economic expertise is a combined product of several 'social groups': academics-based, open-applied, and bound-applied researchers. Each with different degrees of material bias.

Then, who's good at influencing policy? Alexandre de Streel sees big tech lobbying with the DMA as a disaster. Their slogan, 'you'll kill innovation', may well work in the US, but not in the EU. Shall we ask Giorgio Monti? Anti-enforcement views are pushed more effectively. The playbook? Pretend you are pro-enforcement, then set the standard bar too high, and voilà, there's no enforcement. But as he puts it, times are more exciting now than before in academia, precisely because of the disagreements.

From Athens 2023 to Würzburg 2024

This is now the end. Michal Gal wraps up, says thank you (and to you Michal!), a little birthday sing-along for our host Alexandra, and now the Olympic torch is...with Würzburg 2024!

Yet, the marathon didn't end there. Off to a Greek taverna, a guided tour of the beautiful Acropolis (Museum). By the way. Any Brits in the room: PLEASE RETURN THE STOLEN SCULPTURES!

Nice walk in the Agora (Friso, yes, the Romans were here too!). A beautiful concert, some pitas, drinks and farewell...

Ευχαριστώ and Bis bald!

Karl Bukpiev/ Moritz Zwilling, Düsseldorf

CONFERENCE DEBRIEFING (37): 6. OFFENES DOKTORANDENSEMINAR

Die Verfasser [Karl Bukpiev](#) und [Moritz Zwilling](#) sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie deutsches und internationales Unternehmens-, Wirtschafts- und Kartellrecht bei Prof. Dr. Kersting LL.M. (Yale) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Kontakt: Karl.Bukpiev@hhu.de; Moritz.Zwilling@hhu.de
Zitiervorschlag: *Bukpiev/Zwilling, DKartJ* 2023, 67

Auch dieses Jahr lud das Institut für Kartellrecht (IKartR) der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zum kartellrechtlichen Doktorandenseminar. Am 11. und 12. September versammelten sich zahlreiche Namen aus der Kartellrechts-Community für einen fachlichen Austausch. Doktorandinnen und Doktoranden aus Deutschland, Österreich und der Schweiz schwärmten voller Vorfreude nach Düsseldorf, wo sie ein spannendes Programm erwartete. Karl Bukpiev und Moritz Zwilling berichten.

Der erste der beiden Tage begann dabei direkt mit einem Highlight: Nach einigen (bei dem Wetter vielleicht zu) warmen Begrüßungsworten der Gastgeber Rupprecht Podszun und Christian Kersting sprach Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamts, über aktuelle Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik. Themen gibt es genug, „wir machen ja inzwischen mindestens zwei GWB-Novellen pro Legislaturperiode“, sagte Mundt nicht ganz ohne skeptischen Unterton. Besonders beschäftigen ihn die Verfahren nach § 19a GWB, der deutschen Gatekeeper-Norm. Die neue Dimension dieser Verfahren zeige sich schon daran, dass erstmals in der Geschichte des Bundeskartellamts einzelne Unternehmen eigenen Beschlussabteilungen zugewiesen wurden. Andernfalls wäre die eigentlich für Werbemärkte zuständige B6 wohl kollabiert. Aus

der 10. GWB-Novelle sei § 59 GWB noch hervorzuheben – die geänderten Auskunftspflichten von Unternehmen seien „revolutionär“ (wenn auch bloß als Angleichung ans europäische Recht gedacht). Zur 11. GWB-Novelle, die noch im Bundesrat liegt und dort am 29. September 2023 auf der Agenda steht⁴⁶, äußerte sich Mundt eher zurückhaltend. § 32f GWB, der heftig diskutierte „Paradigmenwechsel“,⁴⁷ stelle wohl „die hohe Kunst der Gesetzgebung im Jahr 2023“ zur Schau. Der Präsident des Kartellamts spielte damit auf Länge und Komplexität der Norm an. Für die 12. GWB-Novelle, die noch in dieser Legislaturperiode kommen soll, erwartet Mundt eine Angleichung des deutschen Rechts an Art. 210a GMO (die große Agrar-Ausnahme) und möglicherweise ein neues Eingriffskriterium für die Fusionskontrolle, um Fälle wie Facebook/Kustomer besser lösen zu können. Es erfordert keine prognostischen Fähigkeiten, um zu wissen: Das birgt weiteren Diskussionsstoff. Nicht wenige der Teilnehmerinnen und Teilnehmer konnten sich nach dem Vortrag einen Einstieg beim Bundeskartellamt vorstellen. „Sie stehen auf der Kommandobrücke des Amazon Marketplace!“, warb Mundt. Dass er ein offener und packender Erzähler ist, ist kein Geheimnis.

Life is a pitch

Was sich wohl nicht alle Anwesenden vorstellen konnten, war, dass sie nicht nur als Konsumenten („Verbraucher“ sozusagen) zum Seminar gekommen waren. Sich bloß hinzusetzen und berieseln zu lassen – das war nicht möglich. Bei dem folgenden Programmpunkt, dem *wheel of fortune*, waren sie nämlich selbst gefragt: Auf der Bühne drehte sich ein digitales Glücksrad mit den Namen aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer. Die geloste Person durfte eine Minute lang zu einem beliebigen Thema vortragen –

⁴⁶ <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/TO/1036/to-node.html> (zuletzt abgerufen am 22. 09.2023)

⁴⁷ <https://verfassungsblog.de/kartellrecht-mit-klauen/> (zuletzt abgerufen am 22.09.2023)

ganz nach dem Motto „life is a pitch“. Bei der Ankündigung dieses Programmpunktes wollten so manche schon den Rückweg antreten, doch die Türen waren versperrt. Zudem gab es für jeden Bühnenvortrag auch eine Belohnung: Man durfte sich eine Dissertation vom Nomos-Verlag mitnehmen, um sich schon einmal ein Bild davon zu machen, wie denn das eigene Werk ausgedruckt aussehen könnte. Letztlich erwies sich das, was viele zunächst als *wheel of torture* wähten, als hochamüsante Interaktion. Spätestens jetzt war das Eis gebrochen.

Doktorandengespräche 1. Runde

Nach diesem gelungenen Einstieg war es Zeit, sich dem Herzstück des Seminars zu widmen: den Doktorandengesprächen. Den ersten Doktorandenvortrag des Tages hielt Martin Haufe von der Goethe-Universität Frankfurt. Haufe beschäftigt sich in seinem Dissertationsprojekt mit der Funktion des Marktmissbrauchsverbots beim Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt gegenüber dem Handeln von außerhalb seiner Grenzen stammenden wirtschaftlichen Akteuren. In seinem Vortrag arbeitete Haufe zunächst heraus, dass in der neuen EU-Verordnung über wettbewerbsverzerrende Subventionen aus Drittstaaten (VO (EU) 2022/2560) noch erhebliche Schutzlücken bestehen. Haufe argumentiert, dass diese Schutzlücken unter anderem durch eine erweiterte Auslegung des Tatbestands der marktbeherrschenden Stellung in Art. 102 AEUV verringert werden könnten. Parallel dazu referierte Christian Dohmen aus Düsseldorf zur kartellrechtlichen Bewertung typischer Vermarktungsmodelle im Sportübertragungssektor. Der Vortrag begann mit einem Überblick über die gängigen Vermarktungsmodelle der ausschließlichen Zentral- und Exklusivvermarktung sowie deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Dohmen erörterte unter anderem, warum das (noch) geltende Alleinerwerbsverbot sein kartellrechtliches Ziel verfehle. In der anschließenden Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, was denn eigentlich der relevante Markt sei und ob zwischen dem Spiel des SV Elversberg gegen den HSV einerseits und dem Erstligaspiel Bayern München gegen den BVB eine Austauschbarkeit bestehe.

Doktorandengespräch 2. Runde

In der zweiten Runde der Doktorandengespräche stellte Johannes Kruse von der Universität Münster seine – bereits erfolgreich verteidigte – Dissertation zum Thema „Ökonomik vor Gericht“ vor. In dieser behandelte er die wenig erfolgreichen Versuche von Unternehmen, mit eigenen ökonomischen Gutachten den 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf von der Rechtswidrigkeit einer Behördenentscheidung zu überzeugen. Der Befund: Die beigebrachten ökonomischen Gutachten fanden nur wenig Anklang beim sog. Kühnen-Senat, in dessen Akten Kruse umfassend Einsicht nehmen konnte. Abschließend legte Kruse zudem einige Grundsätze dar, durch die der Versuch eines ökonomischen Sachvortrags in der Zukunft größeren Erfolg haben könnte.

In der Diskussion zeigte sich Begeisterung für die Fragestellungen und insbesondere die gewählte Methodik der Arbeit. Standsicher stellte sich Kruse den Fragen und Anmerkungen aus dem Publikum. Allzu lange müssen Interessierte bis zum Erscheinen des fertigen Buchs wahrscheinlich nicht mehr warten. Im anderen Raum sprach einer der beiden Autoren dieses Beitrags, Moritz Zwilling, von der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf über das Thema „Unternehmensidentität als Haftungsgrund im europäischen Wettbewerbsrecht“. Der Vortrag reihte sich in die aktuelle und wirtschaftlich höchst bedeutsame Diskussion über den Unternehmensbegriff und die Bestimmung der wirtschaftlichen Einheit ein. Kein Wunder, dass Christian Kersting, Koryphäe auf diesem Gebiet, für eine lebhafte Diskussion sorgte.

Kamingespräch, Thementalks, Promotionspreis und Abendprogramm

Nach einer kurzen Pause erwartete die Teilnehmerinnen und Teilnehmer sodann schon das nächste Highlight. Linsey McCallum, stellvertretende Generaldirektorin in der DG COMP, war der zweite Stargast und stellte sich für unser traditionelles Kamingespräch zur Verfügung. Es sei an dieser Stelle nur so viel gesagt: Das Gespräch war für alle Anwesenden so bereichernd, dass auch die mehrfachen Versuche einer Videoplattform, die durch einen Gatekeeper betrieben wird, das digitale Lagerfeuer im Großformat durch Werbeeinblendungen zu ersetzen, nicht davon ablenken konnten. Der Rest bleibt im schönen Haus der Universität – beim Kamingespräch sollen sich die

Gäste frank und frei äußern dürfen, was McCallum auch tat, ohne dass sie gleich fürchten müssen, dass jedes Wort bei D’Kart zur Schlagzeile hochgejazzt wird.

Weiter ging es mit den Thementalks: Es wurden Gruppen gebildet, die sich an den Themengebieten der jeweiligen Dissertationsprojekte orientierten. Im lockeren Austausch miteinander diskutierten die Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler ihre Thesen und Arbeitsweisen mit einigen gewinnbringenden Erkenntnissen. Wie man eine gute Dissertation im Kartellrecht verfasst, bleibt natürlich – trotz aller Tipps – letztlich ein Mysterium.

Pünktlich um 19 Uhr stand schon der letzte Programmpunkt an: die Verleihung des Promotionspreises im Bereich Kartellrecht. Dieser von *Herbert Smith Freehills* gestiftete Preis ging in diesem Jahr an Dr. Tristan Rohner für seine Arbeit zu Art. 102 AEUV und der Rolle der Ökonomie.⁴⁸ Die Lobrede hielt der Doktorvater Rupprecht Podszun höchstpersönlich und hob dabei insbesondere den hohen wissenschaftlichen Anspruch des nun Promovierten an sich selbst hervor.

Nach diesem geistig nährreichen Tag wurde es Zeit, sich auch physisch zu stärken: Diese Aufgabe übernahm dankenswerterweise die Kanzlei *Freshfields Bruckhaus Deringer*. Nach einer kurzen Fahrt vom Shadowplatz auf die andere Rheinseite, nach Oberkassel, also zur „rive gauche von Düsseldorf“, wie Dr. Thomas Lübbig in seiner launigen Dinner Speech anmerkte, wurden die dringend notwendigen Erfrischungen gereicht.

Tag 2

Der zweite Tag des Doktorandenseminars wurde eingeleitet durch die Case Studies, bei denen die Doktorandinnen und Doktoranden in sechs gleich großen Gruppen anspruchsvolle kartellrechtliche Sachverhalte durchdringen mussten. Die Coaches für die Teams kamen aus der Düsseldorfer Anwaltschaft: Prof. Dr. Thomas Lübbig, Dr. Kathrin Gaßner und Dr. Ole Schley von *Freshfields Bruckhaus Deringer*, Dr.

David-Julien dos Santos Goncalves von *Linklaters*, Christian Horstkotte von *Mayer Brown*, Dr. Martin Raible von *Gleiss Lutz* und Beatrice Stange, LL.M. von *Heuking Kühn Lüer Wojtek* teilten ihre Expertise für den anschließenden Show-Teil: In Verhandlungssimulationen vor hochkarätig besetzten Panels (u.a. mit Dr. Gerhard Klumpe vom LG Dortmund) mussten sich die Teams unangenehme Fragen stellen. Die Anwälte genossen es sichtlich, in der Rolle von ungedulden Finanzvorständen oder hartnäckigen Schiedsrichtern den Nachwuchs zu grillen.

Doktorandengespräch 3. Runde

Im Anschluss an das Mittagessen wurde einigen Doktoranden erneut die Gelegenheit gegeben, ihre Projekte zu präsentieren. Den ersten Doktorandenvortrag des Tages hielt Daniel Madari von der Wirtschaftsuniversität Wien zum Thema „Gesellschafterrechte und Kartellverbot“. Madari diskutierte die Frage, ob das Kartellverbot der Ausübung von Gesellschafterrechten entgegensteht und wenn ja, inwiefern. Ausgehend von zwei jüngeren, diese Frage im konkreten Fall verneinenden Urteilen des österreichischen Obersten Gerichtshofs schilderte er anschaulich seine anderslautende These. Demnach könne die Ausübung von Gesellschafterrechten sehr wohl als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise dem Kartellverbot unterfallen und müsse demgemäß auch im Grundsatz den kartellrechtlichen Vorgaben entsprechen.

Zeitgleich trug Till Seyer von der Universität Mannheim zum Thema „Beratungsschreiben, Comfort Letter und Vorsitzendenschreiben“ vor. Im Rahmen seines Vortrags warf Seyer insbesondere die Probleme auf, die sich aus den Spannungen zwischen den rechtlichen Interessen Dritter und einem Vertrauensschutztatbestand zugunsten der agierenden Unternehmen, der durch die behördlichen (informellen) Aussagen über die kartellrechtliche Zulässigkeit bestimmter Praktiken veranlasst wurde, ergeben.

Letzter Vortrag

Den letzten Vortrag des Tages hielt Kashayar Biria von der Universität Hamburg. Biria behandelt in

⁴⁸ <https://www.nomos-shop.de/nomos/titel/art-102-aeuv-und-die-rolle-der-oekonomie-id-115267/> (zuletzt abgerufen am 22. 09.2023)

seiner Dissertation die Rechtmäßigkeit des Erlasses von extraterritorialen Sanktionen und von deren Umsetzung in der Europäischen Union am Beispiel der SWIFT-Sanktionen gegen den Iran. Das Thema weist neben den kartellrechtlichen Fragestellungen einen starken völkerrechtlichen Schwerpunkt auf.

In seinem Vortrag wies Biria neben der aufwändigen Begründung für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV insbesondere auf die Frage hin, ob der Ausschluss iranischer Banken mit Geschäftssitzen in der Europäischen Union vom SWIFT-Verfahren unter das Missbrauchsverbot fallen und ob diesbezügliche Rechtsverstöße z.B. aufgrund eigener unternehmerischer Interessen oder aufgrund einer von staatlicher Seite hervorgerufenen Einflussnahme gerechtfertigt sein könnten.

Die Verabschiedung

Das Abschiedswort widmeten Christian Kersting und Rupprecht Podszun den studentischen Mitarbeiterinnen Nadia Aglan und Anna Kronenberg, um ihnen ihren Dank für die Organisation, die Betreuung und die reibungslose Durchführung eines gelungenen 6. Offenen Doktorandenseminars des Instituts für Kartellrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf auszusprechen.

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

Conference Debriefing (38): Professorentagung

Prof. Dr. Rupprecht Podszun ist einer der Direktoren des Instituts für Kartellrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Er hat mit Dr. Tristan Rohner eine Stellungnahme zum Call for Evidence der Europäischen Kommission verfasst, die hier bei SSRN abrufbar ist.⁴⁹ In *Concurrences* 3/2023 ein Editorial von ihm zum Thema erschienen.⁵⁰

Kontakt: podszun@hhu.de

Zitiervorschlag: Podszun, DKartJ, 70

Welchen Platz hat die Ökonomie im Kartellrecht – und insbesondere im Missbrauchsrecht? Wenn diese Frage in Deutschland diskutiert wird, ist für gute Unterhaltung gesorgt. Das Bundeskartellamt, global nicht gerade für den more economic approach berüchtigt, lud die deutschsprachige Kartellrechtswelt zur Debatte. Die ganze Kartellrechtswelt? Nein, Anwältinnen und Anwälte und Unternehmensvertreter/innen blieben außen vor. Aber Rupprecht Podszun war dabei – und berichtet.

⁴⁹ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4428170 (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁵⁰ <https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-3-2023/foreword/towards-a-manageable-concept-of-abuse-of-dominance-in-the-eu-113603> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Name der Veranstaltung: Arbeitskreis Kartellrecht des Bundeskartellamts – da dieser Name Fragen aufwerfen könnte (das Amt braucht einen Arbeitskreis, um sich mit Kartellrecht zu befassen?) ist die Tagung informell als „Professorentagung“ bekannt – ein Name, der unverkennbar noch aus Zeiten stammt, als es noch keine Kartellrechtsprofessorinnen gab. Das hat sich zum Glück geändert.

Thema: „Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht“ (Das Arbeitspapier des Amtes dazu ist [hier abrufbar](#)).⁵¹

Ort & Zeit: Haus der Evangelischen Kirche, Bonn, 28.9.2023

Gastgeber: Prof. Dr. Konrad Ost, Vizepräsident des Bundeskartellamts, mit Silke Hossenfelder, Leiterin der Grundsatzabteilung.

Publikum: Auf Platz 1 im Publikum sitzt Wolfgang Kirchhoff, der ja nicht nur Vorsitzender des Kartellsecrets des BGH ist, sondern auch Präsident der Association of European Competition Law Judges. Daneben und danach verteilt sich bunt gemischt die Wettbewerbs-Community – ich saß zum Beispiel zwischen der Wiener Professorin Viktoria Robertson und meinem Düsseldorfer Ökonomie-Kollegen Paul Heidhues. Auch gesehen (so heißt es in der BUNTEN immer): Roger Zäch, der Grandseigneur des Schweizer Kartellrechts, Kirchhoff-Stellvertreterin Stefanie Roloff, Tabea Bauermeister, die in Regensburg eine Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Recht der algorithmen-basierten Wirtschaft hat, Ex-Generaldirektor Johannes Laitenberger (jetzt Richter am EuG), Unterabteilungsleiter Thomas Gaeckle vom BMWK, Marc Bataille, der neue Generalsekretär der Monopolkommission, und natürlich allerlei Kartellamtsprominenz, von Annette Bangard über Felix Engelsing bis Anne Bußmann.

Es wurde im Haus der Evangelischen Kirche getagt? Ich meine in Erinnerung zu haben, dass die Locations mal spektakulärer waren!

Stimmt, aber im Hotel Königshof tagte schon die Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung

und in der Uni die Gesellschaft für Medienwissenschaften zum Thema „Abhängigkeiten“. Und im skandalumwitterten World Conference Center Bonn sind wahrscheinlich Leute mit kartellrechtlicher Expertise ungern gesehen.⁵² Der kirchliche Ort passte aber gut, denn die Frage, wie viel Ökonomie das Kartellrecht braucht, ist natürlich eine Glaubensfrage.

Wenn ich das theologisch betrachte, war Bonn ja nach dem Großen Schisma rund um die Prioritätenmitteilung zu Artikel 102 AEUV anno domini 2009 der Sitz der Gegenpäpste, oder?

Wir haben ja im Haus der *Evangelischen* Kirche getagt, wo eine gewisse Meinungspluralität durchaus erwünscht ist. Synodalpräses Konrad Ost begann seine Einführung aber mit Verweis auf die USA, wo gerade die Reformation im Gange ist. Die neuen US-Draft Merger Guidelines seien jedenfalls „absolut revolutionär“ (so Ost), und entsprechend erbarmungslos werden die New Brandeisians von der Gegenreformation kritisiert.

Merger Guidelines sind Fusionskontrolle. Wolltet ihr nicht über Missbrauch Guidelines sprechen?

Richtig. Aber die Tendenz ist klar: Weltweit schwingt das Pendel wieder in Richtung mehr *enforcement* und weniger Einzelfallökonomik. Auf die USA komme ich noch einmal zu sprechen, Andreas Mundt, der Präsident des Bundeskartellamts, ist nämlich verreist...

...und seit seinem berühmten Chiemsee-Urlaub wissen wir ja, was eine solche Reise bedeuten kann!⁵³

Genau, aber zunächst zu den Leitlinien zu Artikel 102 AEUV. Das Kartellamt hatte Linsey McCallum eingeladen, die ja vor wenigen Wochen auch bei uns in Düsseldorf beim Doktorandenseminar zu Gast war.⁵⁴ Das Ziel der Europäischen Kommission ist es, 2025 Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen nach Art. 102 AEUV zu verabschieden. Ein erster Versuch, wir erinnern uns, war Anfang dieses Jahrtausends gescheitert, nicht zuletzt übrigens am starken Widerstand aus Deutschland.

⁵¹ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2023_Hintergrundpapier.html?nn=3591568 (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁵² <https://www.anstageslicht.de/themen/misswirtschaft-machtmissbrauch/millionenfalle-bonn-wccb/chronologie-der-millionenfalle-wccb/>.

⁵³ <https://www.d-kart.de/blog/2021/05/19/good-night-bestpreisklauseln/>.

⁵⁴ Bukpiev/Zwilling, DKartJ 2023, 67.

Ja, die deutschen Professoren hatten damals gerügt, dass man die Rechtssicherheit opfere!

Und genau so ist es im Prinzip auch gekommen, oder? Die Kommission musste jedenfalls damals ihre geplanten Leitlinien eindampfen und hat stattdessen 2009 ein Papier herausgebracht, in dem sie ihre Prioritäten beim Aufgreifen von Fällen beschrieb – in Wirklichkeit waren es aber verkappte Leitlinien, wie Luc Peerkorn, einer der Mitautoren, jetzt in einer **Stellungnahme** auch noch einmal deutlich formulierte.⁵⁵ Als man im Fall *Intel* meinte, die Ideen aus der Prioritätenmitteilung nicht nur beim Aufgreifen, sondern auch in der Fall-Prüfung durchexerzieren zu müssen, begann ein Martyrium, von dem sich die Kommission bis heute nicht erholt hat.

Jetzt übertreibst Du aber!

Nein, nein, nein, Intel ist längst als Sündenfall anerkannt. Da gab es einen recht einleuchtenden Fall, und die Kommission hat es geschafft, diesen so richtig ordentlich zu versemeln. 2000 gab es die ersten Beschwerden gegen Intel, 2009 erging die Entscheidung, und bis heute haben die Gerichte nicht abschließend darüber entschieden. Eine 23-jährige Laufzeit dieses Falles samt seiner Wendungen, das ist das Scheitern des Kartellrechts. Die Fallpraxis seither irrlichtert in etwa so wie das Schiff des Paulus, bis es Malta erreicht (Apostelgeschichte 27). Heike Schweitzer von der HU Berlin hatte eindrückliche Statistiken mitgebracht, wie wenig Fälle die Kommission eigentlich im Missbrauchsbereich bearbeitet, wie ausführlich sie geworden sind und wie ewig das inzwischen dauert.

Das hört sich an, als sei es für die Kommissionsvertreterin sehr ungemütlich geworden?

Jein, das Problem ist längst auch in Brüssel erkannt. Linsey McCallum sagte zum Beispiel, so etwas wie den As-efficient-competitor-Test in *Intel* werde man nicht mehr machen. Sie räumte sogar ein, dass der Policy Brief, das Auftaktschreiben zur geplanten Neuregelung, für Verwirrung gesorgt habe.⁵⁶ Es soll einen „workable approach“ geben, möglicherweise mit einer

„sliding scale“ von Kriterien und allemal verbotenen „naked restrictions“. Dann brach allerdings eine babylonische Sprachverwirrung aus.

Diese Bibelfestigkeit heute... ich muss mal sortieren: Babylonische Sprachverwirrung ist nicht das mit dem Reden in allen möglichen Zungen an Pfingsten, oder?

Nein, das Pfingstwunder steht dem Kartellrecht noch bevor, und vielleicht hat Heike Schweitzer dafür auch eine Kerze angezündet. Aber lass mich zunächst die Sprachverwirrung des Tages erklären. Linsey McCallum sagte, eines stehe unerschütterlich fest: „Consumer welfare remains the objective of competition policy“.

Das ist doch mal eine klare Ansage.

Ja, bis einer hinterfragt, was „consumer welfare“ überhaupt bedeutet. Abgesehen davon, dass auch die Begriffe „remains“, „objective“ und „competition policy“ auslegungsbedürftig sind. In meiner Fassung des AEUV steht übrigens von Verbraucherwohlfahrt als Ziel nichts in Artikel 102. In Artikel 3 EUV stehen alle möglichen Ziele, die die EU verfolgt. Und in der Entscheidung *SEN* des EuGH steht viel drin, aber nach meiner Lesart jedenfalls keine eindeutige Festlegung auf den Consumer Welfare Standard.⁵⁷ Jörg-Philipp Terhechte von der Leuphana-Universität wies vehement darauf hin, dass es blauäugig sei, Missbrauchsrecht ohne Blick für die akute Gefährdung der Demokratie zu betreiben, und das sei bei Schaffung der europäischen Wettbewerbsordnung durchaus Thema gewesen. Die Rücksichtnahme auf die Demokratie scheint mir aber bei der Mehrheit meiner Kolleginnen und Kollegen genauso wenig mehrheitsfähig wie ein mit Nachhaltigkeitserwägungen aufgeladenes Missbrauchsrecht.

⁵⁵ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-Wettbewerbsrecht-Leitlinien-zum-Behinderungsmissbrauch-durch-marktbeherrschende-Unternehmen/F_de (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁵⁶ [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf)

[03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁵⁷ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-377/20&jur=C> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Also, Ihr Kartellrechtler meint, es sei eure Zuständigkeit, dass der Verbraucher zwei Cent weniger im Supermarkt zahlt, aber es sei abwegig, wenn man in Frage stellt, ob die Konsumwirtschaft nicht die Erde an den Abgrund bringe?

Nanana, Du wirst Dich doch wohl nicht vor dem Bundeskartellamt auf die Straße kleben? In der Bonner Kaiser-Friedrich-Straße ist das wegen Bauarbeiten gerade ohnehin sinnlos. Aber um Dir noch etwas Futter zu geben: Birgit Krueger präsentierte für das Amt u.a. den Lufthansa/Condor-Fall. Da hat sich das Bundeskartellamt dafür stark gemacht, dass die Lufthansa die Zubringerflüge innerhalb Deutschlands nicht streicht, damit die Urlauber mit Condor weiterhin bequem von Hamburg über Frankfurt in die Karibik fliegen können.

Könnten die nicht umweltfreundlicher die Bahn nehmen? Haha, war natürlich nur ein Scherz.

Die Bahn war übrigens auch Thema, nicht nur in den Kaffeepausengesprächen. Birgit Krueger hat in ihrer Beschlussabteilung nämlich auch den spannenden DB-Mobilitätsplattform-Fall verhandelt. Da geht es um die Frage, wem die Deutsche Bahn welche Daten zur Verfügung stellen muss. Google kriegst sie, aber Startups und Konkurrenten nicht.

Klingt nicht sehr fair.

Das Amt hat es untersagt, jetzt streitet man sich, wie auch mit der Lufthansa, vor Gericht, was – so Krueger – die Ressourcen lange Zeit bindet. Abgesehen von der Frage, ob das ein Missbrauch ist oder nicht, finde ich es bemerkenswert, dass ein Bundesunternehmen wie die Deutsche Bahn (Aufsichtsratschef: Werner Gatzert, Staatssekretär im Bundesfinanzministerium) eine Bundesbehörde vor dem OLG Düsseldorf in einen kräftezehrenden Rechtsstreit verwickeln kann. Eigentlich wären da ja die Kolleginnen und Kollegen aus dem Staatsorganisationsrecht berufener als die Kartellse-nate...

Zurück zum Thema, bitte! War denn niemand für den more economic approach?

Doch, der Wettbewerbsökonom Roman Inderst (Uni Frankfurt) sollte den Gospel der Ökonomie auf dem Podium singen, und dieser Rolle wurde er auch gerecht. Nach Konrad Osts Einführungstalk „the tide is turning“, nach dem Eingeständnis von Linsey McCallum, dass die Europäische Kommission mit dem *more economic approach* mehr oder weniger gescheitert ist, nach Heike Schweitzers eindrücklicher Kritik an Fällen wie *Intel*, überraschte aber die Tonlage. Inderst schien unbeeindruckt und blieb dabei: Der Consumer Welfare Standard *is the one and only*. Sein Plädoyer hatte viele gute und richtige Punkte, aber ich vermisste doch ein wenig die Reflektion über die Erfahrungen der letzten 20 Jahre.

Und kam er damit durch?

Es gab ein herrliches Scharmützel! Aber lass mich vorher noch kurz sagen, worum es Inderst geht: Er sagt, dass der *Consumer Welfare Standard* das einzige Programm ist, das klare, konsistente Metriken hergibt und also berechenbare Ergebnisse ermöglicht. Er möchte einen Ansatz in der Missbrauchskontrolle, der vorhersehbar ist – das leiste eben dieser Standard. Problem nur: Was dieser Standard genau ist (und wie abhängig er von allen möglichen Annahmen ist), ist hoch umstritten. McCallum zum Beispiel möchte Consumer Welfare „breit“ definieren. Die Verbraucherwohlfahrt schließe mindestens Preis, Qualität, Innovation und Auswahl ein. Fraglich, ob die Ökonomen dafür dann noch klare Metriken haben. Sogar Georg Götz (Uni Gießen), als meinungsstarker und standhafter Wettbewerbsökonom konferenzbekannt, wirkte defensiv und zitierte sicherheitshalber aus dem Buch von Massimo Motta, das er passend zum Tagungsort als „Bibel“ bezeichnete.⁵⁸ Maik Wolf (Uni Erfurt) wies darauf hin, dass erst einmal Verbraucherleitbild und Prognosezeitraum geklärt werden müssten. Ökonom Oliver Budzinski (TU Ilmenau) fragte seinen Kollegen Inderst nach *trade-offs*, auch das Problem scheint ungelöst. Wenn man das im Einzelfall prüfen soll, wie es der *effects-based approach* nahelegt, ist es mit der Vorhersehbarkeit vorbei. Deshalb will McCallum auch keine Quantifizierung des Verbraucherschadens im

⁵⁸ <https://www.cambridge.org/core/books/competition-policy/2A8ADAF8BF5443D9CE758DE371EE2C9B> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Einzelfall. Das aber ist für viele Ökonomen der springende Punkt bei der Nutzung der Ökonomie.

Erzähl jetzt das Scharmützel!

Inderst sagte, um seinen Metriken-Punkt zu machen: „Ich will keine Bauchentscheidungen von Richtern!“ Diese Polemik wurde von Konrad Ost gekontert, der sagte: Nun gut, es wäre aber halt auch schön, wenn wir nach der Lektüre von ökonomischen Gutachten mal wüssten, was Sache ist. Dann stand Wolfgang Kirchhoff auf und hielt ein gesetztes Plädoyer gegen eine komplette Einzelfallanalyse und für Vermutungen und Erfahrungssätze. Die brauche es eben, weil man nicht in Fällen mit EUR 80.000 Streitwert erst ökonomische Gutachten einholen könne, die EUR 250.000 kosten. Inderst: Das Problem sind nicht die Gutachten, sondern dass die Richter die Gutachten nicht richtig lesen! Jetzt erhob sich Ulrich Egger, Vorsitzender des 6. Kartellsenats am OLG Düsseldorf, und mit seinem sonoren Bass sagte er etwas wie „Intel zeigt doch, dass es so nicht weitergeht“, aber es klang so wie „Jetzt ist aber auch mal gut.“

Gibt es denn keinen Ausweg?

Doch. Inderst selbst zum Beispiel schlug vor, dass Gutachten nur noch drei Seiten lang sein sollten: Annahmen, Konzept, Ergebnis. Ich selbst würde stärker am Verfahrensrecht schrauben und anerkennen, dass Entscheidungen immer nur prozessbedingte Annäherungen an das sind, was ein allwissender Richter Herkules entscheiden würde. Darin bestärkt mich, dass die Behördenvertreterinnen offenbar sehr am Verfahren leiden. McCallum und Krueger schilderten, wie sie mit Datenmaterial überschüttet werden, auf eine große Zahl von Anwältinnen und Anwälten treffen und mit Formalitäten kämpfen. Hier müsste vielleicht, auch mit Blick auf Befangenheitsanträge gegen Personen aus dem Amt wie im Lufthansa/Condor-Fall oder im **unseligen 50+1-Verfahren**, mal aufgeräumt werden.⁵⁹ Nur dass das klar ist: Ich meine hier nicht eine einseitige Ermächtigung der Kartellbehörden, sondern einen Fokus auf smarte und faire Verfahrensführung.

⁵⁹ <https://www.sueddeutsche.de/sport/tsv-1860-muenchen-news-hasan-ismaik-bundeskartellamt-50plus1-marc-nicolai-pfeifer-3-liga-1.6263068> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁶⁰ <https://academic.oup.com/jeclap/article/11/8/437/5912579> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Du hattest auch erwähnt, dass Heike Schweitzer vielleicht den Weg ins gelobte Land weist?

Sie plädierte für einen „principled approach“. Wir sollten uns vom Konzept der Fallgruppen lösen und stattdessen Prinzipien aufstellen. Mit den Prinzipien solle erkennbar werden, wann nur eine abgekürzte Auswirkungsanalyse erforderlich sei (wenn überhaupt). Schweitzer hatte drei erste Vorschläge für derartige Prinzipien im Gepäck, die aus meiner Sicht eine sehr sinnvolle Diskussionsgrundlage bilden.

Mal ehrlich: Braucht es für die paar Missbrauchsfälle in der EU überhaupt Leitlinien?

Berechtigte Frage, nicht zuletzt, weil sich die ökonomischen Phänomene und die wissenschaftlichen Erkenntnisse dauernd ändern. Der 2005-more-economic-approach ist ja auch daran gescheitert, dass er für die neuen Phänomene der Plattformökonomie, die uns in den Jahren danach marktbeherrschende Stellungen bescherte, wenig Guidance bereithielt. Ich vernahm es darum gern, dass McCallum davon sprach, die Anwendung „future-proof“ zu machen. Das würde allerdings voraussetzen, wie Paul Heidhues zutreffend erklärte, dass man Feedbackschleifen einbaut und ein **lernendes System** schafft.⁶⁰ Heidhues sagte aber auch: Wir kommen ja nicht darum herum, irgendeine Art von Auswirkungsanalyse vorzunehmen.

Und jetzt?

Tristan Rohner hatte mir in seiner Dissertation über das Missbrauchsverbot schon das große Missverständnis erklärt: Ökonomen verstehen nicht, was Juristen machen – und umgekehrt.⁶¹

Justus Haucap vom Podcast „Bei Anruf Wettbewerb“ ist natürlich die große Ausnahme!

Aber hallo! Das Missverstehen wurde auch am Nachmittag noch einmal deutlich, als nach Kartoffel- und Kürbissuppe zwei Professoren aufs Podium kamen, die ich wirklich witzig und gewitzt finde, Ökonom Martin Peitz (Uni Mannheim) und Florian Wagner-von Papp

⁶¹ <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748941071/art-102-aeuv-und-die-rolle-der-oekonomie?page=1> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

(Helmut-Schmidt-Universität Hamburg). Peitz kündigte an, dass Tests zur Selbstbevorzugung in der Entwicklung seien, die Teil des kartellbehördlichen Instrumentenkastens werden könnten. Schade nur, dass die *Google Shopping*-Entscheidung, für die das Instrumentarium gebraucht worden wäre, 2017 getroffen wurde. So wird das Instrumentarium bestenfalls für Art. 6 Abs. 5 DMA relevant, der aber gerade keine Auswirkungsanalyse im Einzelfall mehr vorsieht.

Das Missbrauchsverbot war mal wieder Schrittmacher für Regulierung – diesmal den DMA.

Das sagte Wagner-von Papp auch. Ist vielleicht ja auch gar nicht schlimm, dass das Kartellrecht nicht alle Probleme lösen kann – wäre Regulierung nicht noch anfälliger für danebengehende Eingriffe und statische Festlegungen. Wagner-von Papps 33 Thesen, die er im Haus der Evangelischen Kirche auf Power Point-Folien genagelt hatte, brachte er mit dem schönen Zitat von Carveth Read auf den Punkt: „It is better to be vaguely right than exactly wrong.“

Ich merke, dass Dich das alles sehr gut unterhalten hat, aber was machen denn jetzt die Kartellbeamten in Bonn aus dieser Diskussion?

Es fiel in diesem Jahr ja Birgit Krueger zu, den Bericht aus der Fallpraxis zu geben. Dabei zeigten sich drei Dinge: Erstens ist in Fällen wie *Luft-hansa/Condor* oder *DB Mobilitätsplattform* ganz viel implizite Ökonomie drin. Kartellrecht ist eben angewandte Wirtschaftstheorie.⁶² Zweitens springt dem flüchtigen Leser dieser Entscheidungen aber nicht gerade sehr viel ins Auge, was nach Ökonometrie, Quantifizierung von Verbraucherschäden, Regressionsanalyse oder AEC-Test aussieht. Die Ausführungen zur Missbräuchlichkeit sind eher qualitativer Natur. Da passt es, drittens, ins Bild, dass Birgit Krueger sagte: „Wir haben in beiden Fällen eine ganz gute Story“.

Moment mal, Rechtsanwendung als Storytelling?

Ich stutze da auch. Aber ich gehe mal davon aus, dass Storytelling hier mit Fakten unterlegt ist. Es geht wohl darum, die Geschichte für Gerichte plausibel zu machen. Wer jemals eine Jura-Klausur korrigiert hat,

weiß, dass sich gute Klausuren dadurch auszeichnen, dass ein roter Faden erkennbar wird, dass eben eine gute Story erzählt wird...

Ich weiß nicht. Jetzt erzähl mal von der Reise, die Andreas Mundt getätigt hat!

Mundt kommt immer erst zum Ende der Veranstaltung, wenn in der bundespräsidentialen Villa Hammerschmidt zum Empfang geladen wird.

Ach, Herr Mundt lädt dann in die feine Villa Hammerschmidt? Ist er da der Hausherr?

Nein, ist er nicht, was er auch gleich in seiner kleinen Begrüßungsrede betonte. Als ein etwas vorlauter Professor hereinrief, das könne ja noch werden, stockte Mundt kurz, und ich würde sagen: Ein glasklares Dementi seiner Ambitionen war das nicht!

Bundespräsident Mundt, hihi...

You read it first, here! President Mundt war gerade von der Fordham-Konferenz aus den USA zurückgekehrt, und es war ihm eine klammheimliche Freude anzumerken, dass in den USA Begriffe wie „structural“, „presumption“ und „underenforcement“ die Runde machen. [Bei der Ascola-Konferenz in diesem Jahr](#) hatte sich ja auch Herbert Hovenkamp für einen ans EU-Recht angelehnten Missbrauchstatbestand ausgesprochen. Das ist fürs US-Recht schon ein Beben.⁶³

Aus Mundts Sicht haben die Deutschen Kurs gehalten. Die Häretiker sind die anderen. Er sagte aber auch, und damit sind wir wieder beim Storytelling, dass er mit Sorge beobachte, wie bestimmte Narrative in den USA verbreitet werden. Big Tech zum Beispiel finanziert Werbespots, in denen auf gruselige Weise davor gewarnt wird, das Paradies der digitalen Ökosysteme zu zerstören. „Das sehen die Richterinnen und Richter in den USA in Dauerschleife“, so Mundt. Puh.

⁶² <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2023/B9-144-19.html> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁶³ *Bostoen/Karg/Thepot*, DKartJ 2023, 61.

Der Rhein floss malerisch in der untergehenden Sonne am alten Bonner Regierungsviertel vorbei, Ökonomen und Juristen süffelten in trauter Eintracht

Orangennektar, und im Bücherregal der Villa schlummerte Gablers Wirtschaftslexikon (II. Auflage) neben Karl Rahners „Grundkurs des Glaubens“. Take me down to the paradise city!⁶⁴

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

Conference Debriefing (38): Professors go Kartellamt

Prof. Dr Rupprecht Podszun is one of the directors of the Institute for Competition Law at Heinrich Heine University in Düsseldorf. Together with Dr Tristan Rohner, he has written a statement on the European Commission's Call for Evidence (available here on SSRN).⁶⁵ An editorial by him on the topic appeared in *Concurrences* 3/2023.⁶⁶

contact: podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun, DKartJ* 2023, 76

What place does economics have in competition law – and especially in abuse of dominance cases? When this question is discussed in Germany, good entertainment is guaranteed. The Bundeskartellamt, the Federal Cartel Office, is not exactly notorious globally for its more economic approach. It invited the German-speaking anti-trust world to the debate. The whole antitrust world? No, lawyers from law firms and companies were left out. But Rupprecht Podszun was there – and reports.

Name of the event: Working Group on Competition Law of the Federal Cartel Office – as this name might raise questions (the Office needs a working group to deal with competition law?) the conference is informally known as the “Professorentagung” – the Professors' Gathering. In German, the name that unmistakably dates back to times when there were no female competition law professors. Fortunately, that has changed.

Topic: “Guidelines on Article 102 TFEU – New benchmarks for abuse control” (The Office's working paper on this is available [here](#)).⁶⁷

Place & time: House of the Protestant Church, Bonn, 28 September 2023

Host: Prof. Dr Konrad Ost, Vice President of the Bundeskartellamt, with Silke Hossenfelder, Head of the Policy Department.

Audience: The first seat in the audience is occupied by Wolfgang Kirchhoff, who is not only Chairman of the Cartel Senate of the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*), but who is also the President of the Association of European Competition Law Judges.

⁶⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=Rbm6GXllBiw> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁶⁵ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4428170 (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁶⁶ [https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-3-2023/foreword/towards-a-manageable-concept-of-abuse-of-](https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-3-2023/foreword/towards-a-manageable-concept-of-abuse-of-dominance-in-the-eu-113603)

[dominance-in-the-eu-113603](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2023_Hintergrundpapier.html?nn=3591568) (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁶⁷ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2023_Hintergrundpapier.html?nn=3591568 (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

On the cheaper seats, the competition community is spread out in a colourful mix – I sat, for example, between the Viennese professor Viktoria Robertson and my Düsseldorf economist colleague Paul Heidhues. We also saw inter alia: Roger Zäch, the grand seigneur of Swiss antitrust law, Kirchhoff deputy Stefanie Roloff, Tabea Bauermeister, who has a junior professorship “in civil law and the law of the algorithm-based economy” in Regensburg, ex-Director General Johannes Laitenberger (now a judge at the ECJ), Thomas Gaeckle from the German Ministry for Economics, Marc Bataille, the new secretary general of the German Monopolies Commission, and of course all kinds of antitrust office celebrities, from Annette Bangard to Felix Engelsing to Anne Bußmann.

The meeting was held in the Protestant Church House? I seem to remember that the locations used to be more spectacular!

The church venue was a good fit, because the question of how much economics we need in competition law is of course a question of faith.

If I look at it theologically, Bonn was the seat of the counter-popes after the Great Schism around the priorities communication on Article 102 TFEU anno domini 2009, wasn't it?

We met in the House of the *Protestant Church*, where a certain plurality of opinions is certainly desirable. Synodal President Konrad Ost began his introduction with a reference to the USA, where the Reformation is underway. The new US Draft Merger Guidelines are in any case “absolutely revolutionary” (according to Ost), and the New Brandeisians are being mercilessly criticised by the Counter-Reformation.

Merger guidelines are merger control. Didn't you want to talk about abuse guidelines?

Correct. But the trend is clear: worldwide, the pendulum is swinging back towards more enforcement and less case-by-case economics. I'll come back to the USA,

because Andreas Mundt, the President of the Federal Cartel Office, has been away travelling...

...and since his famous Chiemsee holiday when he found out about price parity clauses in hotel platforms we know what such a trip can mean!⁶⁸

Exactly, but first to the guidelines on Article 102 TFEU. The *Bundeskartellamt* had invited Linsey McCallum, who had recently been a guest at our doctoral seminar in Düsseldorf.⁶⁹ She reported on the plans in Brussels. The European Commission's goal is to adopt guidelines on exclusionary conduct under Article 102 TFEU in 2025. A first attempt, we remember, failed at the beginning of this millennium, not least due to strong resistance from Germany.

Yes, the German professors had complained at the time that legal certainty was being sacrificed!

Oh, and weren't they right? The Commission had to scale down its planned guidelines and instead published a paper in 2009 in which it described its priorities in taking up cases – in reality, however, they were guidelines in disguise, as Luc Peepers, one of the co-authors, has now clearly formulated in a statement.⁷⁰ When, in the *Intel* case, it was thought that the ideas from the Priority paper could be put into case practice, a martyrdom began from which the Commission has not recovered to this day.

Now you're exaggerating!

No, no, no, *Intel* has long been recognised as a fall from grace. The Commission had a rather good case, and managed to screw it up really neatly. In 2000 there were the first complaints against Intel, in 2009 the decision was handed down, and to this day the courts have not given a final ruling. A 23-year run of this case together with its twists and turns, that is the failure of antitrust law. Case practice since then has wandered about like Paul's ship until it reached Malta (Acts 27). Heike Schweitzer from the HU Berlin had brought impressive statistics on how few cases the Commission

⁶⁸ <https://www.d-kart.de/blog/2021/05/19/good-night-best-preisklauseln/>.

⁶⁹ *Bukpiev/Zwilling*, DKartJ 2023, 67.

⁷⁰ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-Wettbewerbsrecht-Leitlinien-zum->

[Behinderungsmissbrauch-durch-marktbeherrschende-Unternehmen/feed-back_de.pdf?__blob=publicationFile&id=31928485](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bericht/Bericht%20zur%20Behinderungsmisbrauch-durch-marktbeherrschende-Unternehmen/feed-back_de.pdf?__blob=publicationFile&id=31928485) (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

actually handles in the area of abuse, how detailed they have become and how long it now takes.

It sounds like it has become very uncomfortable for the Commission representative?

The problem has long been recognised in Brussels. Linsey McCallum, for example, said that something like the as-efficient-competitor test in *Intel* would no longer be done. She even admitted that the [Policy Brief](#), the kick-off letter for the planned new regulation, had caused confusion.⁷¹ She declared that they aim for a “workable approach”, possibly with a “sliding scale” of criteria and the naming of “naked restrictions” that are always forbidden without proving effects. Yet, after she had spoken, , a Babylonian confusion of language broke out.

This Bible stuff today... I need to sort it out: Babylonian confusion of tongues is not the one about speaking in all kinds of tongues at Pentecost, is it?

No, the Pentecostal miracle is still to come for antitrust law, and perhaps Heike Schweitzer has lit a candle for it. But first let me explain the language confusion of the day. Linsey McCallum said that one thing is unshakably certain: “Consumer welfare remains the objective of competition policy”.

Now that’s a clear message.

Yes, until someone questions what “consumer welfare” actually means. Apart from the fact that the terms “remains”, “objective” and “competition policy” are also open to interpretation. In my version of the TFEU, there is nothing in Article 102 about consumer welfare as an objective. Article 3 TEU contains all possible objectives pursued by the EU. And in the ECJ’s *SEN* decision there is a lot in it, but according to my reading there is no clear definition of the Consumer Welfare Standard.⁷² Jörg-Philipp Terhechte of Leuphana University vehemently pointed out that it was naïve to pursue abuses of dominance without an eye for the acute threat to democracy, and that this had certainly been an issue when the European competition order was created. However, I have the impression that this way of

thinking is still considered a heretical extreme position. In any case, it was repeatedly suggested in various contributions that the other major crisis of the planet really does not fall within the remit of antitrust law.

So, you guys think it is your responsibility that the consumer pays two cents less in the supermarket, but it is extreme to question whether the consumer economy is not bringing the earth to the abyss?

Nanana, you’re not going to stick yourself in the street in front of the Federal Cartel Office, are you? In Bonn’s Kaiser-Friedrich-Strasse, that’s pointless anyway because of construction work. But to give you some more fodder: Birgit Krueger presented the recent Lufthansa/Condor case for the office. The Bundeskartellamt argues that Lufthansa should not cancel feeder flights within Germany so that people going on holidays can continue to fly comfortably with Condor from Hamburg via Frankfurt to the Caribbean.

Couldn’t they take the train in a more environmentally friendly way? Haha, just kidding, of course.

I should not be explaining jokes, but for those fortunate enough not to have tried to travel in Germany with trains. DO NOT EVEN TRY TO. By the way, the railway services were also a topic. Birgit Krueger also dealt with the exciting mobility platform case in her decision department. Deutsche Bahn, the German government-owned railway incumbent, does not make data available to start-ups and competitors while it passes them on to Google.

Doesn’t sound very fair.

The office has forbidden it, now they are arguing in court, as they did with Lufthansa, which – according to Krueger – ties up resources for a long time. Apart from the question of whether this is an abuse or not, I find it remarkable that a state-owned company like Deutsche Bahn (head of the supervisory board is Werner Gatzert, state secretary in the Federal Ministry of Finance) can involve a federal authority in an exhausting legal dispute before the Düsseldorf Higher Regional Court. Actually, my public law colleagues would

⁷¹ https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁷² <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-377/20&jur=C> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

be more competent to look at such a case than the cartel senates.

Back to topic, please! Was there anyone in support of the more economic approach?

This role fell to economist Roman Inderst (Frankfurt University). He was supposed to sing the gospel of economics on the podium. And he did. After Konrad Ost's introductory talk "the tide is turning", after Linsey McCallum's admission that the European Commission has more or less failed with the *more economic approach*, after Heike Schweitzer's impressive criticism of cases like *Intel*, the intonation was somewhat surprising: Inderst seemed completely unimpressed from the criticism. He asserted that the Consumer Welfare Standard is *the one and only*. His plea had many good and correct points, but I missed a bit of reflection on the experiences of the last 20 years, which even when read sympathetically tend to cause mixed feelings.

And did he get away with it?

There was a wonderful skirmish! But let me first say briefly what Inderst is about: He says that the *Consumer Welfare Standard* is the only programme that provides clear, consistent metrics and thus allows for predictable results. He wants an approach to abuse control that is predictable – and that is what this standard does. The only problem is that what exactly this standard is (and how dependent it is on all kinds of assumptions) is highly controversial. McCallum, for example, wants to define consumer welfare "broadly". Consumer welfare would include, for example, price, quality, innovation and choice. It is questionable whether economists still have clear metrics for this. Even Georg Götz (University of Gießen), known as a strong-minded and steadfast competition economist at conferences, appeared defensive and quoted from Massimo Motta's book to be on the safe side, which he described as "the bible" (in keeping with the conference venue).⁷³ Maik Wolf (University of Erfurt) pointed out that first of all the consumer model and forecast period had to be clarified. Economist Oliver Budzinski (TU Ilmenau) asked his colleague Inderst about trade-offs; this problem also seems unsolved. If one has to examine this in

individual cases, as the *effects-based approach* suggests, predictability is over. That is why McCallum does not want to quantify consumer harm in individual cases. For many economists, however, this is the crux of the matter when using economics.

Now tell the skirmish!

Inderst said, to make his metrics point: "I don't want judges to rely on their gut feelings!" This polemic was countered by Konrad Ost, who said: Well, it would be nice if we knew what was going on after reading economic expert opinions. Then Wolfgang Kirchhoff stood up and made a firm plea against a complete case-by-case analysis and in favour of some presumptions. He said that this was necessary because in cases with an amount in dispute of EUR 80,000, one could not first obtain economic expert opinions that cost EUR 250,000. Inderst: The problem is not the expert opinions, but that the judges do not read the expert opinions correctly! Now Ulrich Egger, Chairman of the 6th Cartel Senate at the Düsseldorf Higher Regional Court, stood up and with his sonorous bass he said something like "Intel shows that it can't go on like this", but it sounded like "Now that's enough".

Is there no way out?

Inderst himself, for example, suggested that expert reports should only be three pages long: Assumptions, Concept, Result. I myself would work on procedural law and recognise that decisions are always only approximations of what an omniscient Judge Hercules would decide. I am encouraged in this by the fact that the agency representatives seem to suffer greatly from the procedure. McCallum and Krueger described how they are overwhelmed with data material, are attacked by ever larger numbers of lawyers and struggle with formalities. This is where things should perhaps be tidied up, also with a view to the recusals that have been asked for in cases such as Lufthansa/Condor or the **unfortunate 50+1 proceedings**.⁷⁴ Just so that it is clear: I don't mean a one-sided empowerment of the agencies, but a focus on smart and fair proceedings.

⁷³ <https://www.cambridge.org/core/books/competition-policy/2A8ADAF8BF5443D9CE758DE371EE2C9B> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁷⁴ <https://www.sueddeutsche.de/sport/tsv-1860-muenchen-news-hasan-ismaik-bundeskartellamt-50plus1-marc-nicolai-pfeifer-3-liga-1.6263068> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

You also mentioned that Heike Schweitzer might point the way to the promised land?

She pleaded for a “principled approach”. We should move away from the concept of case groups and instead establish principles. The principles should make it clear when only an abbreviated effects analysis is required (if at all). She had three principles with her that may really serve as a good basis for further discussion.

Let’s be honest: Do we even need guidelines for the few cases of abuse in the EU?

That’s a fair question, not least because of ever changing economic phenomena and theories. For instance, the ideas from the 2005 more economic approach partly failed because they did give guidance on the platform economy, which required our attention after in the years that followed. I was therefore pleased to hear McCallum talk about making the application “future-proof”. However, as Paul Heidhues rightly explained, this would require building in feedback loops and creating a learning system.⁷⁵ Heidhues also said: “We can’t avoid doing some kind of effects analysis”.

And now?

Tristan Rohner had already explained the great misunderstanding to me in his dissertation on the prohibition of abuse: economists do not understand what lawyers do – and vice versa.⁷⁶ The misunderstanding became clear once again in the afternoon when, after potato and pumpkin soup, two of the wittiest and shrewdest professors came to the podium, economist Martin Peitz (University of Mannheim) and lawyer Florian Wagner-von Papp (Helmut Schmidt University Hamburg). Peitz announced that self-preference tests were in development that could become part of the antitrust authorities’ toolbox. It is just a pity that the *Google Shopping decision*, for which the toolkit would have been needed, was made in 2017. Thus, the instruments are at best relevant for Article 6(5) of the DMA. But the DMA no longer provides for an effects analysis in individual cases.

The prohibition of abuse once again set the pace for regulation – this time the DMA.

Wagner-von Papp said the same thing. Perhaps it is not a bad thing that anti-trust law cannot solve all problems – if regulation were not even more susceptible to misguided interventions and static determinations. Wagner-von Papp’s 33 theses, which he had nailed to Power Point slides in the House of the Church, were summed up by the beautiful quote from Carveth Read: “It is better to be vaguely right than exactly wrong”.

I realise that you have been very entertained by all this, but what are the officials in Bonn going to make of this discussion with the academics now?

This year it fell to Birgit Krueger to give the report from case practice. Three things became apparent: First, there is a lot of implicit economics in cases like Lufthansa/Condor or DB Mobilitätsplattform. Competition law is effectively about economic theory.⁷⁷ Secondly, however, not much in the two recent German decisions strikes the reader as part of a more advanced economic approach, you know, econometrics, quantification of consumer harm, regression analysis or AEC test. The reasoning is more qualitative in nature. Thirdly, it fits into the picture that Birgit Krueger said: “We have quite a good story in both cases”.

Wait a minute, law enforcement as storytelling?

I’m not sure about that either. But I assume that this kind of storytelling is underpinned by facts. The point is to make the story plausible for the courts. Anyone who has ever corrected a law exam knows that good exams are characterised by the fact that a common thread is recognisable, that a good story is told...

I don’t know. Now tell me about the trip Andreas Mundt took!

Mundt always comes to the end of the event, when the reception is held in the Villa Hammerschmidt which is the Bonn residence of the German Federal President.

⁷⁵ <https://academic.oup.com/jeclap/article/11/8/437/5912579> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁷⁶ <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748941071/art-102-aeuv-und-die->

[rolle-der-oekonomie?page=1](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2022/B9-21-21.html) (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

⁷⁷ <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2022/B9-21-21.html> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Oh, Mr. Mundt invites you to the Villa Hamerschmidt?

He emphasised in his little welcoming speech that he is not residing there. When a somewhat cheeky professor remarked that things could still get better, Mundt faltered briefly. That was not a crystal-clear denial of his ambitions for another Presidency!

German President Mundt, hihi....

You read it first, here! President Mundt had just returned from the Fordham Conference in the USA, and it was obvious that he was secretly pleased that terms like “structural”, “presumption” and “underenforcement” were doing the rounds in the USA.

At the Ascola conference this year, Herbert Hovenkamp also spoke out in favour of abuse provisions as in EU law. That is a little earthquake for US law.⁷⁸ From Mundt’s point of view, the Germans have stayed the course. The heretics are the others. But he also said, and this brings us back to storytelling, that he is concerned about how certain narratives are being spread in the US. Big Tech, for example, funds commercials that creepily warn of destroying the paradise of digital ecosystems. “That’s what judges in the US see on a continuous loop,” Mundt said. Phew. But then... The Rhine flowed picturesquely past the old Bonn government quarter in the setting sun, economists and lawyers sipped orange nectar in cosy harmony, and the economic textbook Gabler’s *Wirtschaftslexikon* (in the old 2nd edition) slumbered on the bookshelf in the Villa next to Karl Rahner’s foundational book on faith “Grundkurs des Glaubens”. Take me down to the paradise city!⁷⁹

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

Conference Debriefing (39): International Competition Network 2023

Prof. Dr Rupprecht Podszun is one of the directors of the Institute for Competition Law at Heinrich Heine University in Düsseldorf.

contact: ls.podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun*, DKartJ 2023, 81-86

*What do competition law enforcers actually talk about when they meet? We sent **Rupprecht Podszun** to listen in at the International Competition Network’s Annual Conference, this year in Barcelona. Here is his conference debriefing in the form of an interview, revealing – inter alia – missing film titles, a funny misunderstanding and a new topic for antitrust enforcement.*

⁷⁸ *Bostoen/Karg/Thepot*, DKartJ 2023, 61.

⁷⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=Rbm6GXllBiw> (zuletzt abgerufen am 09.10.2023).

Name of the event: Annual Meeting of the International Competition Network (ICN)

Place & time: La Llotja de Mar, Barcelona (a beautiful old building, yet with miserable acoustics in the main hall), 17-20 October 2023

Host: Cani Fernandez, leader of the Spanish competition authority CNMC, was an excellent local organiser. Simply everyone loved the food! Andreas Mundt of Bundeskartellamt is, of course, the ICN Chairman, re-elected this year for another 2-years-term. Kudos to the CNMC team, and – from a German perspective – to the international team at the Bundeskartellamt: Barbara Schulze, Olaf Wrede, Mirja Schmitz-Hübschen and Christina Burhop.

Audience: Competition enforcers from 98 jurisdictions, spanning from Albania (Commissioner Leida Matja) to Zambia (Senior Investigator Maggie Phiri). It's mostly *very* senior, with Lina Khan from the US, Reiko Aoki from Japan, Ravneet Kaur from India or Frédéric Jenny of OECD. Notably missing: China; not a member of ICN. Everyone else is there.

If ICN is an enforcer meeting what the heck were you doing there? Your times at the Bundeskartellamt are long gone, right?

True, but ICN invites so-called “Non-Governmental Advisers” (NGA) to join the party. Each agency can nominate some people. I guess the enforcers know quite well that power needs control, and thus we are like mavericks entering their highly concentrated markets of monopolistic anti-monopoly actions so they remain innovative, efficient and do not become complacent...

Are you sure that all NGA want ever more efficient competition law enforcement? I see the names of company representatives on the list of delegates and big names from Big Law!

Ohhh, come on, we are all in it for the higher good! Even partners in law firm have this basic instinct that free competition is a great thing, and also, you never know on which side you end up earning your billables! Economist Cristina Caffarra was there, too, she is living

proof that top-advisers can counsel Microsoft at the same time as being the most vigorous critics of Big Tech. Luckily, she discloses her affiliation first thing. Just to make sure, we were handed different ribbons for our name badges. Enforcers got orange, advisers green, the press pink. Outspoken professor Marek Martyniszyn of Belfast University suggested to hand out ribbons in “alarm-red” to company representatives next time.

Let's turn to the monopolists again, they are more interesting than you academics with your crazy ideas. How was the general feeling?

At the end of the conference, shortly before it was announced that ICN 2024 will take place in Sauipe, Brazil, Andreas Mundt said: Globalisation will continue, not least due to digitisation. But the blocks are drifting apart in politics. We, as a competition community, need to stand together! If Mundt was not that friendly pragmatic this would have been the moment to wipe your tears away. Repercussions of world events can be felt in competition (with problems due to war, energy prices, inflation, walled-off markets and heavy state-involvement). But also, there is a certain lack of belief in multilateral solutions.

You mean that no one dreams of the World Competition Agency anymore?

ICN was founded in 2001, and it has achieved remarkable progress ever since. If you see how enforcers from all over the world discuss concepts of dominance or publish handbooks on best practices,⁸⁰ it is heartwarming, and I mean it. They have established incredibly good relations and a common understanding of most issues. But it is not the full thing. You know Eleanor Fox?

Of course I do! The legendary professor from New York – wait, she got her degree in law at NYU in 1961, and was the first female partner of Simpson Thatcher Bartlett in 1970... Man, she travelled to Barcelona? What for?

She is still younger at mind than most of us, I tell you. It was hers to say: For the mega world mergers we need

a world enforcement forum where we discuss the effects. Her case in point was the *Bayer/Monsanto* deal. Once that was approved in the US and the EU, it was clear, so she said, that the Global South could not stop it. The developed countries let the less developed ones down in this case since the issues of this merger in Africa were not a topic in EU merger control, for instance. Better to discuss this case in a global forum of enforcers while being on the case. Mor Bakhoun, a professor from Senegal, spoke of a “regional clearinghouse” for such mergers.

Interesting idea. Why did they look into *Bayer/Monsanto* at all? That merger was closed in 2018...

Cold case, but it has a close connection to the big new topic at ICN: Food! It was a most interesting panel, moderated by Simon Roberts (University of Johannesburg), that inaugurated this topic (which once was put on the agenda by Ioannis Lianos, the professor-turned-head of agency, by the way)⁸¹. Now it is so important, and globally. Willard Mwemba, CEO of the COMESA Competition Commission, said: You can discuss digital and sustainability and everything, but if you are hungry food is what counts first.

Sounds right. Apart from the fact that sustainability plays a role for global food...

Granted. ICN will work on food and agriculture now, and this affects the developed world as well. As one president of a competition agency remarked from the audience: Whatever the EU decides in agriculture, directly affects our markets. There were rich arguments on high consumer prices, problematic government policies, low income for farmers, fertilisers and grain imports. The problems are not for developing countries only. Mwemba for instance spoke of “creeping mergers”, as he called it very vividly, in the farming markets: If you look at each one at a national level, they seem okay, but if you see the pattern from a regional level after a while you see the damage done.

⁸¹ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076160 (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

Oh, that sounds familiar for Germany, indeed!

And that is the good thing: In every panel you can learn something, and it is not a one-way-street. This is the place where you see the powerful heads of agencies, sitting in discussions, listening closely, taking notes and engaging. It is not the “We give a keynote and leave five minutes later”-approach that is common in some conferences for the VIPs. At ICN, people like Andreas Mundt, John Small (New Zealand) or Alexei Ghertescu (Moldavia), to pick just three names by coincidence, are in a learning experience.

Hm, I would be interested in the notes Andreas Mundt took...

I saw him sitting in our audience when we had a panel, but I am not sure we had anything new for him... We were discussing the intersection of privacy and competition. What news is in that for the head of the agency that kicked off the whole debate with the *Facebook* case? This was the “Intersection Panel”. Oh, by the way, we had funny misunderstanding on this one...

Tell me!

Professor Maurice Stucke worked on the ICN Handbook on this intersection, and when we were talking in a lunch break he advertised our panel to the head of an agency as “the intersection panel”. That head of agency looked at me and said: “The intersexual panel?” His voice and his looks were completely unflinching. I cracked up. He did not at all seem surprised what kind of issues come up in antitrust debates these days.

Haha. So, any news from that, eh, intersection?

From an EU perspective, the first German decision on substance on section 19a is quite interesting⁸² – Google committed itself to introduce the data silo rules that are in Art. 5(2) DMA for services not covered by the DMA. You know that section 19a is the special German competition rule for undertakings with paramount significance across markets. The Bundeskartellamt is a first

⁸² https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2023/05_10_2023_Google_Data.html (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

mover again, this time in applying the DMA, sort of. Panel chair Andrea Coscelli wanted to know whether you can buy off the right to privacy, e.g. by offering services eating less data but charging fees instead.⁸³ The panel was pretty uniform in holding this idea to be *contra legem*. Maurice Stucke who wrote the book on “Competition Overdose” with Ariel Ezrachi pointed out that there may be situations where competition and privacy are at odds, where more competition does not lead to more, but less privacy. The debate on privacy is moving forward since the topic moves from clear consumer-related services like Meta’s to the industrial side where access to data is a key topic. Competition and innovation call for more data exchanges, but if GDPR-protected data is involved, as will often be the case, there is a potential for blocking.

The DMA will surely cure some of the issues with Big Tech.

When Cristina Caffarra was asked this on a panel she did not even wait for the end of the question before saying declaring *ex cathedra*: “No!” Benoit Coeuré, the French head of agency, spoke in his 15-minutes-interview on the main stage of adjusting the DMA “rather sooner than later”, for instance by including cloud services. The DMA will not cure market power mistakes that were made years ago, so Caffarra said. Market definition no longer represents the problems we face, and she took the merger of *Amazon/iRobot* for illustration. We hear that merger control may also feature in the next German competition law amendment #GWB12 which is due for this legislative term, and I am curious what new ideas get into the law on merger control. Law firm partner Ingo Brinker of Studienvereinigung Kartellrecht sat on that same panel with his unflappable calm. He ended his talk on merger control stating: “Schau’n mer mal”, a Bavarian slogan carrying some of that Franz-Beckenbauer-attitude, translated by Brinker into French as “On verra”. Not sure that it conveys the same notions in French.

Okay, we have food as the new big thing, digital as the coming-of-age topic, now what about sustainability?

Good question! It did not feature in one of the main plenary sessions, but there was an exclusive head-of-agency-meeting on this. Maybe they discussed the backlash against green policies, that is now often talked about.⁸⁴ I met Martijn Snoep, the head of the Dutch competition agency,...

I know him of course – he is Mr. Sustainability!

Shhhh! Please stop saying that! “I feel like a Hollywood actor who always has to play the same villain or the same romantic lover – I am always casted as „Mr. Green“,” Snoep said. His activities, and those of his agency, have certainly led to a much better understanding that competition and sustainability are reconcilable. But Snoep is so talented he can play other characters, too. Spencer Weber Waller, the Chicago Loyola professor who keeps entertaining by drawing on his vast knowledge of movies for antitrust references, would probably know exactly what that new movie featuring Martijn Snoep in a different role will be. The plot is this: National competition agencies in Europe need a better tool for fighting market power,⁸⁵ something like the EU’s formerly planned New Competition Tool or the new German Section 32f. UK has it, Sweden wants it, too, Snoep is at the forefront of campaigning. But he also sees the risk of this New Big Thing for national competition agencies: “There may be a fragmentation of the internal market.” Coming to a theatre near you, soon!

There was an advocacy award, at least, for combatting climate change.

Yes, the World Bank’s Graciela Miralles hands out awards for best advocacy every time in several categories, one was for supporting climate change. Japan’s Fair Trade Commission won it for its Green Transformation guidelines. These awards showcase what is

⁸³ <https://www.theguardian.com/technology/2023/oct/03/facebook-instagram-charge-ad-free-eu-meta-mobile-desktop> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

⁸⁴ <https://www.economist.com/international/2023/10/11/the-global-backlash-against-climate-policies-has-begun> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

⁸⁵ <https://www.acm.nl/en/publications/blog-martijn-snoep-more-tools-combat-market-power-please> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

happening around the world.⁸⁶ For instance, Peru's Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual engaged in a campaign with universities and professional associations to eliminate market barriers, and managed to get rid of more than 700 barriers by voluntary removal. The CNMC in Spain took home an award for an initiative to raise awareness with staff in local authorities that frequently intervene in urban mobility, infrastructure or telecoms markets. A big winner is also Central America with Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, and Panama – they have established the Central American Competition Committee and approved a regional competition regulation.

So, all good on the agency level?

There was an interesting empirical ad hoc study, if I may say so. In one plenary, priority setting was discussed with Csaba Balász Rigó from Hungary, Samuel Chan from Hong Kong, Sia Aik Kor from Singapore and Bill Kovacic, no introduction needed. The audience was asked to answer two questions online: (1) What are the key trends and areas which agencies should focus on in the next two years? (2) (for enforcers only): What are the top factors to select key focus areas? On the first one, digital markets/platforms got most votes from agencies (while non-agency voters opted for AI/Machine Learning as the top priority). But the result of the second question was more striking: As the top factor for choosing priorities the most votes went to "Harm to market competition, consumers, and/or businesses".

What is striking about *that*?

The other end of the table: Only 8% of agency voters subscribed to the factor "likely effectiveness of the agency's action". Asked whether he was surprised by the results, Bill Kovacic said: "I have seen this film before." But then, the former FTC Chairman has probably seen more films in life than you and me together. The acoustics in that cathedral of competition were so poor that I did not catch the title of the film Bill has seen

before. Probably, Spencer Waller needs to help me out on this again.

I notice that you have not yet mentioned any people from the EU Commission.

Oops, that was not intended, but this takes me to a delicate moment in the social programme. Olivier Guersent was there, the Director General, I also spotted Guillaume Lorient, Inge Bernaerts, Julia Brockhoff, Tobias Maass and others, and they had a great team of Non-Governmental Advisers (see picture – you will know them all!). Unfortunately, I was late for Didier Reynders' speech. The Belgian is the stand-in-Commissioner for Margrethe Vestager while she's courting European governments to head the European Investment Bank (EIB).

Right, what is actually the state of play there?

I am not one of those Brussels pundits, please consult the Politico/Parr/Mlex/Reuters correspondent of your choice for that! But of all people, the dinner speech at the Barcelona ICN was given by Nadia Calviño, the Deputy Prime Minister of Spain and Minister of Economics. So, there were excellent reasons to have her, but then she is also the main contender of Vestager in the race for the EIB top job. Did not feel too awkward though, there were lot of hugs when she came – remember she had been part of the competition bubble for years, not least as a deputy director general in DG COMP.

So either way, we will probably see an experienced competition enforcer at the helm of the EU bank that handed out € 65 bn. in 2022. Good sign, I guess, in times of growing appetite for industrial policies.

Two impressive careers. Speaking of great antitrust enforcers: When I googled searched for Canada's Matthew Boswell who chaired a panel on challenges and trends in cartel enforcement, I found a portrait of him in the Financial Post that I highly recommend to read – it's gripping!⁸⁷

⁸⁶ <https://www.worldbank.org/en/events/2023/05/22/competition-advocacy-contest-2023> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

⁸⁷ <https://financialpost.com/feature/matthew-boswell-ballsy-bureaucrat-block-rogers-shaw> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

I was also excited to see for the first time since their respective nominations Laura Baudenbacher (Switzerland) and Natalie Harsdorf-Borsch (Austria), two women who took the top jobs in our neighbouring countries. (To be exact: Harsdorf-Borsch still needs the “Angelobung”.) Actually, Concurrences, that ~~e-mail-nuisance~~ rich antitrust trove offered a free copy of a book called “Great Antitrust Enforcers” to all participants. It contains the oral history of 25 enforcers, edited by Bill Kovacic. For instance, I learned from the interview with John Fingleton (who also happened to be in Barcelona) that the famous break-up of British airports by the OFT under Fingleton’s lead had a history in Ireland where Fingleton had worked before:

“The [Irish] Minister of Transport called me in for lunch one day, and he was having an awful problem with the company running the airport. He said: “What could we do?” I said, “Well, you could break them up, but they

wouldn’t like that.” I explained how it might be done, and what benefits it would bring. And so, he did.”

Does the German Minister for Transport follow your blog? Asking for a friend who travels by train quite often...

Haha. If you get one message from the ICN yearly gathering it is this: It’s a people’s business. The people in that competition community are friends of open markets, and they are friends with each other, and that is so incredibly helpful. When people part after a final round of tapas, with their ICN Barcelona 2023 bags, waving good-byes and ~~besitos~~ petons, promising to meet again in ICN workshops, in courtrooms (or at the beaches of Bahia next year), you feel what Andreas Mundt said: This block needs to keep together. Barcelona!

Gerhard Klumpe, Düsseldorf

If I had a broadaxe...

Dr. Gerhard Klumpe ist Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund sowie Lehrbeauftragter an der Heinrich-Heine-Universität und Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Kartellrecht.

Kontakt: VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe, Landgericht Dortmund, Kaiserstraße 34, 44135 Dortmund

Zitiervorschlag: Klumpe, DKartJ, 87

In Düsseldorf veranstaltete die Studienvereinigung Kartellrecht einen Abend, an dem über Kartellschadenersatz diskutiert wurde. Dr. Gerhard Klumpe, einer der profiliertesten deutschen Kartellrichter, saß auf dem Podium. Hier schildert er seine Eindrücke von diesem Abend.

Treffen sich ein Anwalt, ein Wettbewerbsökonom und ein Richter an einem Stehtisch... wenn eine Geschichte so beginnt, folgt entweder ein Schenkelklopfer oder es handelt sich – mit der Zusatzinformation, dass es als abendfüllende Veranstaltung vor einem ausverkauften Saal stattfindet und in der Sache über Glaskugeln, Wahrsagerei, einen Hauch Voodoo und nicht zuletzt über den Einsatz einer Breitaxt gesprochen wird – um ein merkwürdiges Theaterstück oder noch wahrscheinlicher um ein Hollywood-C-Movie...

Tatsächlich beschreibt es aber die Szenerie, die sich den Teilnehmern des Treffens der Regionalgruppe Rheinland der *Studienvereinigung Kartellrecht e. V.* am Abend des 26.10.23 darbot, welche sich klugerweise dazu entschieden hatten, nicht der Verleihung der Juve-Awards in Frankfurt beizuwohnen, sondern sich das einigen Zündstoff versprechende Kammerspiel in den Düsseldorfer Hallen von *Heuking Kühn Lüer Wojtek* anzuschauen.

Die Brisanz beruhte darauf, dass wettbewerbsökonomische Sachverständigengutachten zuletzt vor europäischen Gerichten gelinde gesagt Performanceprobleme hatten. So hatte der spanische *Tribunal Supremo* im LKW-Kartell kürzlich in 15 Entscheidungen die Vorinstanzen bestätigt, welche die dort vorgelegten Gutachten sowohl der Kläger- als auch der Beklagtenseite als nicht überzeugend oder ungeeignet bezeichnet und deshalb, oft auf Grundlage der bekannten Metastudien, den Kartellschaden selbst geschätzt hatten (vgl. zum Ganzen auch *Bornemann/Suderow*, NZKart 2023, 478, 480). Noch drastischer wurde die Kritik in der Entscheidung des *Competition Appeal Tribunal* (CAT), in der das Gericht die vorgelegten Gutachten nicht nur aufgrund von Lückenhaftigkeit und zahlreicher ungeklärter Fragen für unbeachtlich hielt, sondern auch die Unabhängigkeit der Sachverständigen anzweifelte, weil sie in den wesentlichen (methodischen) Fragen durchgehend die für ihre Partei günstigere Position eingenommen hatten (vgl. *Competition Appeal Tribunal*, 7. 2. 2023 – [2023] CAT 6 – *Royal Mail Group Ltd. v DAF Trucks Ltd.*) und sich daher genötigt sah, mit der Breitaxt dreinzuschlagen, um den Overcharge im konkreten Fall zu bestimmen (vgl. instruktiv zum „broad axe“-Ansatz in Besprechung dieser Entscheidung *Tolk-mitt*, ZWER 2023, 309, 314 f., 324 f., 326).

Sahen sich die Wettbewerbsökonominnen also ohnehin schon vor der Abendveranstaltung einer Kritik ausgesetzt, wie sie sonst nur den Entscheidungen der Kartellkammer eines gewissen westfälischen Landgerichts zuteil wird, spitzte sich die Lage noch dadurch zu, dass kaum mehr als eine Stunde vor der Veranstaltung über die sozialen Medien die Kunde eines Hinweisbeschlusses des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (B. v. 12.10.2023, 16 U 97/22 Kart, ECLI:DE:OLGSH:2023:1012.16U97.22KART.00) die Runde machte, den der dortige Senat nicht nur im Stile der soeben angesprochenen Kammer unmittelbar veröffentlicht hatte, sondern in dem er auch eine eigene Schadensschätzung kundtat, nachdem er zuvor die Unzulänglichkeiten der vorgelegten Gutachten herausstellte.

Damit war der Boden für eine vor Spannung knisternde Diskussionsrunde gelegt, in welcher die Moderatoren *Dr. Anika Schürmann* und *Stephan Nagel* stets auf dem Sprung waren, sollten sich am Stehtisch der

Anwalt (*Dr. Alex Petrasincu*), der Wettbewerbsökonom (*Dr. Frederick Wandschneider*) und der Richter (der Autor dieser Zeilen hier) in die Haare geraten.

Wider Erwarten blieben die Diskutanten aber friedlich und analysierten vor dem sehr aufmerksamen Publikum zunächst die derzeitigen Kernprobleme bei der Erstellung von ökonomischen Gutachten, ihrer Einbringung in den Prozess sowie ihrer Würdigung durch die Gerichte.

Nicht wegzudiskutieren war, dass erhebliche Unterschiede in der Bewertung ein und desselben Sachverhalts durch verschiedene Gutachter zu verzeichnen sind, dass Ergebnisse – etwa am Beispiel der „bekannten Nullschäden“ bei langandauernden Kartellen – oft kontraintuitiv erscheinen und auch generell die Gerichte bisweilen ihre Lebenserfahrung höher als einen ökonomischen Befund bewerten (instruktiv etwa OLG Düsseldorf, B. v. 23.8.2017 – VI-Kart 5/16 (V) –, Rn. 69, 75 – EDEKA/Tengelmann). Zudem wurde herausgearbeitet, dass es der Riege der Wettbewerbsökonominnen an einheitlicher Zertifizierung mangelt und für die Gutachtenerstellung kein Goldstandard, etwa im Sinne der bekannten IDW-Verlautbarungen bei Wirtschaftsprüfern, existiert. Insoweit wurde ein breiter Konsens erzielt, dass Änderungen notwendig sind, oder mit den Worten des Wettbewerbsökonominnen: „So wie es ist, darf es nicht bleiben.“

Außer Streit stand allerdings auch sehr schnell, dass auch auf Seiten der Anwältinnen und insbesondere der Gerichte eine Abkehr von bisherigen Vorgehensweisen notwendig ist, etwa durch die Ersparnis von Kosten dadurch, dass nicht der Ökonom Sachverhaltsermittlung betreiben muss oder dass Gerichte nicht mehr eine Schriftsatzrunde nach der anderen anstoßen oder doch zulassen, gepaart mit der Einbringung immer neuer, situationsangepasster Gutachten.

Generell richtete sich die Diskussion nun – unter starker Beteiligung des Auditoriums! – verstärkt auf die (nicht zuletzt prozessökonomische) Lösung der aufgeworfenen Aspekte. Dies umfasste nicht nur die Frage, ob und welche Abweichungen vom herkömmlichen Dreiklang Klänergutachten – Beklagtengutachten – Gerichtsgutachten möglich und mit der ZPO vereinbar sind (*Hot Tubbing*, ggf. mit einem nach § 144 ZPO

„beratend“ hinzugezogenen Gerichtssachverständigen? Gerichtsgutachten mit Zielrichtung, die „Schwächen“ der Parteigutachten zu benennen und auf dieser Grundlage ohne völlige Neubegutachtung einen Overcharge zu ermitteln?), sondern einen ganzen Strauß weiterer Fragen, die nicht nur auf die Art und Weise der Einbringung ökonomischer Expertise, sondern auch auf die Gestaltung des Kartellschadensersatzprozesses insgesamt, sowohl de lege lata als auch de lege ferenda, zielten.

Diskutiert wurden hier nicht nur bereits anderweitig in die literarische Diskussion eingebrachte Aspekte wie eine widerlegbare Schadenshöhenvermutung, Schaffung stärker spezialisierter Kartellgerichte à la CAT samt der Möglichkeit der Beteiligung von Ökonomen auf der Richterbank oder auch eher profane Aspekte wie Seitenzahlbegrenzungen für die einzubringenden Schriftsätze (vgl. zu vielen dieser Aspekte etwa Klumpe, WuW 2022, 462 ff., 569 ff.) sondern neben Joint Expert Statements und gerichtlichen Instruction Letters für die Gutachter auch kreative Ansätze wie Baseball Arbitration⁸⁸ und die Auslagerung von Gerichtsgutachten an die Monopolkommission.

Deutlich wurde, dass alle Seiten letztlich Änderungen bzw. Reformen wünschen; der größte Konsens dürfte hier wohl im Hinblick auf die Notwendigkeit gewisser

Umbauten am Gerichtssystem im Rahmen von Kartellschadensersatzprozessen sowie eine möglichst frühzeitige Beteiligung von Ökonomen auf Seiten des Gerichts erzielt worden sein.

Beim Aftershow-Bier/Wein/Softdrink/Wasser/Kamilentee wurde die Diskussion in spontan gebildeten Unterausschüssen weitergeführt; weitere Erkenntnisdurchbrüche wurden bislang zwar nicht berichtet, sind aber zweifellos erzielt worden (*D’Kart* wird zu gegebener Zeit gewiss berichten...).

Was schon jetzt festgehalten werden kann, ist aber, dass alle Beteiligten neue wertvolle Einblicke in die Denk- und Arbeitsweise sowie die daraus resultierenden Probleme der Mitspieler im Kartellprozess gewonnen haben dürften. Diesen Austausch gilt es daher zu intensivieren, damit die Beteiligten vertrauter mit dem Einsatz von Glaskugeln auf der einen und dem Zücken der Breitaxt auf der anderen Seite werden, bis vielleicht der Punkt kommt, an dem aufgrund gemeinsamer Anstrengungen ein neues Instrument (ein Mikroskop? Eine allwissende KI? Wer weiß...?!) an die Stelle dieser eher archaischen Werkzeuge tritt.

Den Weg dafür hat die Studienvereinigung, die mit dieser Veranstaltung ihrem Namen alle Ehre machte, jedenfalls bereitet.

⁸⁸ <https://de.wikipedia.org/wiki/Pendelschlichtung> (zuletzt abgerufen am 03.11.2023).

Gerhard Klumpe, Düsseldorf

If I had a broadaxe... (English version)

Dr. Gerhard Klumpe is the presiding judge at the Regional Court of Dortmund as well as lecturer at the Heinrich Heine University and co-editor of the *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.

contact: VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe, Landgericht Dortmund, Kaiserstraße 34, 44135 Dortmund
suggested citation: *Klumpe*, DKartJ 2023, 89

In Düsseldorf, the association of competition lawyers called “Studienvereinigung Kartellrecht” held a meeting to discuss litigation on cartel damages. Dr. Gerhard Klumpe, one of the most prolific German antitrust judges, was on the panel. Here he gives his impressions of the evening.

Say, a lawyer, a competition economist and a judge meet at a bar table... when a story begins like this, we are either in for a good laugh or – with the additional information that it takes place as an all-evening event in front of a sold-out house and that the matter involves talking about crystal balls, fortune-telling, a touch of voodoo and, last but not least, the use of a broadaxe⁸⁹ – it is a strange play or, even more likely, a Hollywood C-movie...

In fact, it describes the scenery that presented itself to the participants of the meeting of the Rhineland regional group of the *Studienvereinigung Kartellrecht e. V.*, that legendary German competition law association, on the evening of 26 October 2023. At the time, those people came together had wisely decided not to attend the Juve Awards ceremony in Frankfurt. (If you are not on LinkedIn: The Juve Awards is the Oscar for law firms). So, there was quite a crowd to watch the play in the Düsseldorf rooms of *Heuking Kühn Lüer Wojtek*. The combination of a lawyer (mainly

representing plaintiffs), an economist and a judge promised to be explosive.

The explosiveness was based on the fact that expert opinions on competition economics have recently had problems in performance, to say the least, before European courts. For example, in the Trucks case, the Spanish *Tribunal Supremo* had recently confirmed in 15 decisions the lower courts, which had described the expert opinions submitted there by both the plaintiff and the defendant as unconvincing or unsuitable and had therefore estimated the cartel damage themselves, often on the basis of the known meta-studies (cf. on the whole also *Bornemann/Suderow*, NZKart 2023, 478, 480). The criticism became even more drastic in the decision of the *Competition Appeal Tribunal (CAT)*, in which the court not only considered the expert opinions submitted to be irrelevant due to their incompleteness and numerous unresolved questions, but also doubted the independence of the experts because they had consistently taken the position more favourable to their party on the essential (methodological) questions (cf. *Competition Appeal Tribunal*, 7. 2. 2023 – [2023] CAT 6 – *Royal Mail Group Ltd. v DAF Trucks Ltd.*) and therefore felt compelled to take a broadaxe to determine the overcharge in the specific case (see instructively on the “broadaxe” approach in discussion of this decision *Tolkmitt*, ZwER 2023, 309, 314 et seq, 324 f., 326).

While the competition economists had already been exposed to criticism before the evening event, as is usually only the case with the decisions of the Cartel Chamber of a certain Westphalian Regional Court, the situation was further exacerbated by the fact that barely more than an hour before the event, news of a new resolution broke: A guidance brief by the Cartel Senate of the Schleswig-Holstein Higher Regional Court, publicised on social media, made the rounds

⁸⁹ <https://en.wikipedia.org/wiki/Broadaxe>

(Case 16 U 97/22 Kart, ECLI:DE:OLGSH:2023:1012 Kart). The senate had not only published its guidance instantly (as is the style of the aforementioned Westphalian chamber) but it also announced its own damage estimate in a cartel case after previously highlighting the inadequacies of the expert opinions submitted.

This set the stage for a discussion that crackled with tension, in which the moderators *Dr Anika Schürmann* and *Stephan Nagel* were always on their toes, should the lawyer (*Dr. Alex Petrasincu*), the competition economist (*Dr. Frederick Wandschneider*) and the judge (the author of these lines here) get into each other's hair at the high table.

Contrary to expectations, the panellists did not start to butt heads, but first analysed the current core problems in the preparation of econometric expert opinions, the introduction of such expertise into the legal proceedings as well as the assessment by the courts. The audience was very attentive.

It could not be disputed that there are considerable differences in the assessment of the same facts by different experts, that results – for example, zero damage in the case of long-lasting cartels – often appear counter-intuitive and that, in general, the courts sometimes value their experience of life more highly than an econometric finding (instructive, for example, OLG Düsseldorf, 23.8.2017 – Case VI-Kart 5/16 (V) -, paras. 69, 75 – EDEKA/Tengelmann). In addition, it was clear that competition economists lack a certification and that there is no “gold standard” for the preparation of expert opinions on damages, as is well-known for auditors, for instance. In this respect, a broad consensus was reached that changes are necessary, or in the words of the competition economist: “Things must not remain as they are.”

It also became clear quite quickly that lawyers and, in particular, the courts need to move away from previous approaches, for example, by saving costs by not having the economist investigate the facts of the case or by no longer having the courts initiate or allow one round of pleadings after the other, coupled with the submission of ever new, situation-adapted expert opinions.

In general, the discussion – with strong participation of the audience! – was now increasingly directed towards possible solutions that should be efficient (also in terms of procedure). This included the question of whether and which deviations from the traditional triad of opinions (first plaintiff's expert, next defendant's expert, finally the court's expert) are possible and compatible with the German procedural rules. Could there be a *hot tubbing*, possibly with a court expert called in “in an advisory capacity” according to section 144 of the German procedural code? Should court experts aim at identifying the “weaknesses” of the party expert reports only and determine an overcharge on this basis without a complete re-examination? Suggestions covered the whole bouquet the manner of bringing in economic expertise, but also the design of the cartel damages proceedings as a whole, both with and without legislative amendments.

The discussion featured some aspects that been already introduced elsewhere in the literary discussion, such as a rebuttable presumption of the amount of damage, the creation of more specialised cartel courts like the CAT, the possibility of economists participating on the bench, or more mundane aspects such as page limits for the pleadings to be submitted (cf. on many of these aspects, for example, *Klumpe*, WuW 2022, 462 et seq, 569 ff.). There were also more creative approaches such as “baseball arbitration” and the outsourcing of court opinions to the Monopolies Commission, in addition to joint expert statements and court instruction letters for the experts.

It became clear that all sides would ultimately like to see changes or reforms; the greatest consensus was probably reached with regard to the need for certain changes to the court system in the context of cartel damages litigation as well as the earliest possible involvement of economists on the court side.

Over the after-show beer/wine/soft drink/water/camilla tea, the discussion continued in spontaneously formed sub-committees; further breakthroughs in knowledge have not been reported so far, but have undoubtedly been achieved (*D’Kart* will certainly report in due course...). What can already be stated, however, is that all participants have probably gained new valuable insights into the way of thinking and working as

well as the resulting problems of the other players in the cartel process. This exchange should therefore be intensified so that the participants become more familiar with the use of crystal balls on the one hand and the broadaxe on the other, until perhaps the point comes when, due to joint efforts, a new instrument (a

microscope? An omniscient AI? Who knows...?!) takes the place of these rather archaic tools.

In any case, the Studienvereinigung, which lived up to its name ("study association") with this event, has made a start into this direction.

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

SSNIPpets (48): Das Neueste vom Neuen

Prof. Dr. Rupprecht Podszun ist Direktor des Instituts für Kartellrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Kontakt: podszun@hhu.de

Zitiervorschlag: Podszun, DKartJ 2023, 91

Die 11. GWB-Novelle ist in Kraft getreten. Die 12. GWB-Novelle wird vorbereitet. Was ist eigentlich mit GWB13? Eine Antwort auf diese nicht unberechtigte Frage haben wir nicht – wohl aber die wichtigsten News in fremder und auch in eigener Sache, zusammengestellt von Rupprecht Podszun.

Der Knoten

Kürzlich sprachen wir mit einem Beobachter der kartellrechtlichen Szene in Deutschland, der sich in Köln niedergelassen hat, und er führte aus, sein Standort sei ja geradezu ideal: Die Behörden in Brüssel und Bonn seien in der Nähe und ebenso „der Düsseldorfer Knoten“. Das ist eigentlich eine gute Beschreibung: Man ist

in Köln fast immer dabei, das ist pri-hi-ma, aber irgendwie ist Köln dann doch eben nur im Kartellrecht das, was der Flughafen Weeze für die Düsseldorfer Touristik ist: Ein Vorort. Wir wollen aber natürlich gar nicht in den Wettbewerb mit Köln einsteigen, sondern hier heute etwas zum „Düsseldorfer Knoten“ sagen. Ich lege das jetzt gleich mal offen: In diesen SSNIPpets wird schamlos wieder für die gute Sache geworben!

Bevor wir dahin kommen, gilt es aber, der Chronistenpflicht Genüge zu tun und die wichtigsten Links der Woche für alle zu präsentieren, die sich aus den immer asozialeren Netzwerken verabschiedet haben.

Entflechtung eines Knotens

Die 11. GWB-Novelle, u.a. mit neuer Vermögensabschöpfung und dem deutschen „New Competition Tool“ in § 32f, ist itzund in Kraft getreten. Damit beginnt hochhoffiziell das Rätselraten, welchen Knoten eine Entflechtungsanordnung aus Bonn zuerst treffen wird – oder wenigstens einige der mildereren Mittel...

Wir setzen ja, etwas konservativ und langweilig, auf die Entsorgungswirtschaft, die schon länger im Blick des Bundeskartellamts ist. Punktgenau hat Kim Manuel Künstler, Rechtsanwalt bei Schulte Riesenkampff, im Auftrag von Lobbycontrol ein Gutachten

vorgelegt, demzufolge das Bundeskartellamt Amazon mit Hilfe der neuen Vorschrift entflechten kann.⁹⁰ Hier müsste die B2 im Kartellamt übernehmen, die mittlerweile von Julia Topel geführt wird. Andreas Mundt, der in dieser Frage vielleicht auch ein nicht ganz uninteressanter Ansprechpartner ist, hat kürzlich sehr überschwänglich die Sektoruntersuchung der österreichischen Kolleginnen und Kollegen von der Bundeswettbewerbsbehörde zum Lebensmitteleinzelhandel kommentiert und mit einem Emoji beklatscht. Mundt schreibt:

Natalie Harsdorf-Borsch und Team stellen die Marktsituation im 🛒 Lebensmitteleinzelhandel (#LEH) heraus, bei denen die Parallelen zu Deutschland offenkundig sind: Eine hohe Konzentration auf Handelsebene. Die großen vier Handelsketten in Österreich haben laut der BWB einen gemeinsamen Marktanteil von über 90 Prozent. Das ist in Deutschland mit Edeka, Rewe, Aldi und der Schwarz-Gruppe mit Lidl ähnlich. (...) Für mich gibt es wenig Anlass zu glauben, dass die Ergebnisse in Deutschland sehr viel anders ausfallen würden

Andreas Mundt auf LinkedIn, 4.11.2023

Die Vier von der Supermarktkasse hatten ja über den Handelsverband auch schon heftig gegen die GWB-Novelle gepoltert. Immerhin gibt uns das Erwähnen von Edeka und Rewe Anlass, den schönsten November-Song hier zu präsentieren, den wir kennen. Alexander Kirk hat mich darauf aufmerksam gemacht, was der herrliche Musiker Thomas Pigor vor sechs Jahren dichtete – hier hör- und sehbar.⁹¹ Absoluter Leckerbissen für alle Kartellrechtsfans!

Die Relativität der Gleichzeitigkeit

Matthias Heider, der für die CDU lange Zeit das Kartellrecht im Deutschen Bundestag vertreten hat, hatte einst gesagt: Nach der GWB-Novelle ist vor der GWB-Novelle. Dieses Heider-Diktum wird nun quasi widerlegt. Denn die in seinem Satz mitschwingende Idee

einer Sequenzialität wird im aktuellen Reformdrang durch Simultanität abgelöst.

Man muss sich wohl das Wettbewerbsreferat des Bundeswirtschaftsministeriums wie einen Minkowski-Raum vorstellen. Der Physiker Hermann Minkowski hatte diese Idee in einem Vortrag, übrigens in Köln (!), entwickelt.⁹² Genau erklären kann ich den Ministeriums-minkowski nicht, aber es hat damit zu tun, dass Raum und Zeit relativ sind und Dinge gleichzeitig passieren. Kurz gesagt: Mit der Bekanntgabe des Inkrafttretens der 11. GWB-Novelle liegt die Öffentliche Konsultation zur 12. GWB-Novelle vor.⁹³

Das BMWK will in einem Multiple-Choice-Bogen wissen, wie man die Arbeit des Hauses so findet und was man von verschiedenen Projekten der Wettbewerbspolitischen Agenda hält.⁹⁴ Serviert werden die Themen Kartellschadensersatz, behördlicher Verbraucherschutz, Fusionskontrolle & Ministererlaubnis und Nachhaltigkeit. Wenn dieser Multiple-Choice-Bogen Sie an Ihren TOEFL-/Führerschein- oder Mediziner-Test erinnert und Sie sich sorgen, dass Sie durchfallen, haben wir da etwas für Sie. Das Düsseldorfer Konsultations-Prep-Paket (*Dürkopp*)!

How not to fail the Ministerium's multiple choice

- Sie wissen, dass Alexander Kirk, Philipp Offergeld und Tristan Rohner ein ganzes Buch herausgegeben haben, in dem sie sich mit dem „Kartellrecht in der Zeitenwende“ befassen und Beiträge herausragender Autorinnen und Autoren versammeln, die genau diese Agenda kommentieren und bewerten. Dieses Buch gibt's zum Beispiel hier.⁹⁵ Darin besichtigt Christian Kersting beispielsweise die diversen Baustellen im Kartellschadensersatzrecht.
- Apropos Kartellschadensersatz: An dieser Stelle hatte ja kürzlich ~~Eisfabrikant~~ Kartellrichter Dr. Gerhard Klumpe über Ideen zur

⁹⁰ <https://www.lobbycontrol.de/konzernmacht/gutachten-bestaetigt-amazon-ist-zu-maechtig-und-muss-zerschlagen-werden-112421/> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹¹ <https://www.youtube.com/watch?v=jVjrwEOymFE> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹² <https://www.deutschlandfunk.de/erfinder-der-vierdimensionalen-raumzeit-100.html> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹³ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20231004-konsultation-reform-kartellrecht.html> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹⁴ <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/12/d-kart-spotlights-agenda-2025>.

⁹⁵ <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/12/d-kart-spotlights-agenda-2025/>.

Reform des Schadensersatzrechts geschrieben, was wiederum Justus Haucap und ich dann in unserem Podcast „Bei Anruf Wettbewerb“ durchdiskutiert haben (das ist crossmediale Verwertung, yay!). Wenn Sie den Beitrag von Judge Klumpe oder andere Beiträge dieses Blogs künftig seriös zitieren wollen (seriös – d.h. in Ihrem Blogpost, LinkedIn-Eintrag, in WuW/NZKart/ZWeR, in Ihrer Doktorarbeit oder in einem Schriftsatz) – dann können Sie das mit der neuen DKartJ-Zitierung. Die DKartJ-Version eines Beitrags finden Sie, indem Sie auf diesen klicken; wenn wir ihn schon eingepflegt haben, ist DKartJ verlinkt (schauen Sie sich das zum Beispiel mal **bei diesem Beitrag** zur 11. GWB-Novelle an).⁹⁶ Oder Sie schauen direkt in die fortlaufende Jahress Ausgabe. Ist das DKartJ eine neue kartellrechtliche Zeitschrift? Nein, es ist nur der Versuch, uns gegen den Fall zu wappnen, das hier einmal alles zusammenbricht, was uns irgendwie nicht wundern würde. Und dann wäre es doch schade um die schönen Texte, die im Darknet verschwunden wären.

- Ein Team der HHU unter Leitung von Justus Haucap und meiner Wenigkeit hat ein umfangreiches Gutachten zu Wettbewerb & Nachhaltigkeit vorgelegt, bei dem wir für das Ministerium Optionen ausgelotet haben. Das Gutachten ist im Netz verfügbar, nämlich hier.⁹⁷
- Schon 2018 habe ich mit Christoph Busch und Frauke Henning-Bodewig und mit starker Unterstützung von Gregor Schmieder ein Gutachten zum Verbraucherschutz erstellt. Sollte das Bundeskartellamt hier Befugnisse erhalten? Antworten, ebenfalls frei verfügbar, hier.⁹⁸

Sie haben's gut! Sie müssen nur noch lesen und zusammenfassen. Und wir?

Wir bleiben natürlich am Ball. Derzeit arbeiten wir im Institut für Kartellrecht zum

Beispiel ~~fieberhaft~~ gesund, aber leidenschaftlich an der Neuauflage des Kartellrechts-Kommentars von Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, der ab der nächsten Ausgabe einen etwas kürzeren Namen haben wird. Die englischsprachige und eigentlich neue Fassung unseres DMA-Kommentars ist auch „in the making“. Die vielen kleineren Beiträge aus unserem Institut entdecken Sie in WuW, NZKart, SSRN oder dem Heft „Impulse Spezial“ des Roman-Herzog-Instituts.⁹⁹

Therapeutische Wirkungen des Kartellrechts

Kürzlich war Eversheds-Partner Daniel von Brevern zu einer therapeutischen Maßnahme bei uns. Er ist, nach eigener Auskunft, „besessen“ von Art. 3 Abs. 4 FKVO. Seine Obsession kreist um Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, den Erwerb gemeinsamer Kontrolle, die EuGH-Entscheidung *Austria Asphalt* (Rs. C-248/16) und ihre Auslegung durch die Europäische Kommission. Inzwischen wird von Brevern sogar von der Vorstellung heimgesucht, dass sich die Kommission möglicherweise ihre Fusionsfälle einfach so zusammenpickt, wie sie es gern hätte... dabei weitgehend unbehelligt von gerichtlicher Kontrolle.

Dem Mann konnte geholfen werden: Er nahm als Redner an unserer Ringvorlesung Kartellrecht teil, wo er unseren Studierenden in einem fesselnden Vortrag diese Probleme mit einiger Selbstironie schilderte. Sein Versprechen: Er lässt nun ab von diesem Thema, zu dem er reichlich veröffentlicht hat, meldet brav an, was anzumelden ist und glaubt fürderhin, dass Fusionskontrolle schon die Richtigen treffen wird. (Was durch die 12. GWB-Novelle eventuell zu beweisen sein wird.)

Warum ich das erwähne: Weil ich auf unsere großartige Ringvorlesung hinweisen will, zu der alle Interessentinnen und Interessenten eingeladen sind! Von Breverns Vortrag ist nur ein Beispiel für die spannenden Einblicke in den Maschinenraum des Kartellrechts. In den nächsten Wochen sprechen zum Beispiel Lilie Barski (E.ON), Romina Polley (Cleary Gottlieb), Björn

⁹⁶ Wagner-von Papp, DKartJ 2023, 22-33.

⁹⁷<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/transformation-zu-einer-sozial-okologischen-markt-wirtschaft.html> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹⁸ <https://www.jura.hhu.de/service-und-it/aktuelles/neue-studie-bundeskartellamt-koennte-verbraucherschutz-uebernehmen> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

⁹⁹ <https://www.romanherzoginstitut.de/publikationen/detail/impulse-spezial.html> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

Herbers (CMS) und Sabrina Raatz (LG Düsseldorf). Ob auch ihre Vorträge für Vortragende oder Publikum heilende Wirkung entfalten, wagen wir nicht zu prognostizieren, aber selbst wenn: Sie brauchen kein Rezept, es kostet nichts, Sie sind uns willkommen. (Jeden Donnerstag, 14.15 Uhr, Raum 01.22 in der Juristischen Fakultät – alle Vortragenden und Themen unter diesem Link!)¹⁰⁰

Eine Korrektur zum Zeitplan müssen wir aber gleich anbringen: Der Nachmittag mit Dirk Möller vom Bundeskartellamt, auf den ich mich aus alter Verbundenheit und wegen des heißen Themas ganz besonders gefreut hatte, müssen wir verschieben. Möllers Thema ist der Fall Burda/Funke – zwei Giganten der klassischen Medienwelt, die fortan gemeinsam vermarkten dürfen. Wer die Freigabe-Entscheidung liest (z.B. hier),¹⁰¹ weiß: da hat sich das Bundeskartellamt die Entscheidung nicht leicht gemacht. Wer mehr dazu hören möchte und nicht auf den neuen Termin in der Ringvorlesung warten möchte: Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat für den 15.11.2023 um 11.00 Uhr eine Verhandlung terminiert.

Ein Gast aus Oxford

In der Ringvorlesung haben wir in diesem Semester noch ein ganz besonderes Highlight. Es ist so: Wir haben an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität ein neues Programm für Gastprofessoren, mit dem wir in jedem Wintersemester einen hochkarätigen Gast einladen können. Den Auftakt dürfen wir als Kartellrechts-Institut machen, und wir konnten Ariel Ezrachi gewinnen, der in diesen Monaten für einige Termine nach Düsseldorf kommt. Ariel Ezrachi ist Slaughter and May Professor of Competition Law an der Universität Oxford und Fellow am Pembroke College. (Unser Bekannter aus Köln würde wohl vom „Oxforder Knoten“ sprechen, wenn er über Wissenschaftsstandorte redet.)

Ezrachi ist der Director des Oxford Centre for Competition Law and Policy, vor allem aber ist er ein Impulsgeber vieler aktueller Debatten im Kartellrecht. Seine Bücher, oft verfasst in Co-Autorenschaft mit US-Ökonom Maurice Stucke, stehen regelmäßig ganz weit

oben auf der SPIEGEL-Bestsellerliste (Segment: Kartellrecht). „Virtual Competition“ wurde der Startschuss für die kritische Auseinandersetzung mit Big Tech. Der ist Ezrachi in seinem neuen Buch „How Big-Tech Barons Smash Innovation“ treu geblieben. Dazwischen lag „Competition Overdose“ mit der verstörenden These, dass es so etwas wie toxischen Wettbewerb gibt. Wer Ezrachi kennenlernen will, kommt zur Ringvorlesung am 30.11.2023 – Thema: „Digital Markets and Their Perils“.

Kulturelles Intermezzo

Off topic: Am selben Abend haben wir übrigens noch einen weiteren Termin, der mich jetzt schon tirillieren und jubilieren lässt: Wir schleifen achtzig Jura-Studierende der HHU in die Deutsche Oper am Rhein, schauen Mozarts Zauberflöte und ~~senken den Altersdurchschnitt auf ein record low~~ infizieren sie mit dem Kulturvirus. Kartellrechtsbezug: Rechtsanwalt Christian Horstkotte (Mayer Brown) sponsort aus Freude an der Sache den Pausendrink, ohne den Oper ja keine Oper ist. Das darf hier mal erwähnt werden!

Düsseldorf on tour

Weil wir gerade bei Gastprofessoren waren: Mein Institutskollege Christian Kersting, bekannt aus Film, Funk und Schiedsverfahren, hat sich in den oft sogenannten „Semesterferien“ keine Ferien gegönnt, sondern war als Gastprofessor an andere Universitäten eingeladen. Im September und Oktober führte es Kersting nach Brasilien. Dort unterrichtete er in der Millionenstadt São Paulo an der Fundação Getúlio Vargas Law SP; es ging um Kartellschadensersatz, Kronzeugen und die private Rechtsdurchsetzung.

Seine Gastprofessur davor, im August, hat im Rückblick noch eine ganz andere Bedeutung erhalten. Kollege Kersting war an unserer Partnerfakultät, der Harry Radzyner Law School, die zur Reichman University in Herzliya, Israel, gehört. Neben Unterrichtseinheiten zur privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Kartellrecht mit ca. 50 hochmotivierten israelischen Studentinnen und Studenten standen auch vielfältige Gespräche mit den Kollegen aus der Fakultät auf

¹⁰⁰ <https://www.jura.hhu.de/service-und-it/aktuelles/ankuendigung-ringvorlesung-kartellrecht-2> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

¹⁰¹ <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2023/V-31-22.html> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

dem Programm. Die Zusammenarbeit und Freundschaft der beiden Partnerfakultäten ist uns ein besonderes Anliegen. In Zeiten des Terrors gegen Israel spüren wir die Verbundenheit besonders. Die Ereignisse rücken nah heran, wenn Christian Kersting von den Nachrichten der Professoren berichtet, mit denen er eben noch munter über den Campus lief, oder wenn uns Studierende, die an unserem Austauschseminar mit Herzliya teilgenommen haben, Instagram-Fotos zeigen, auf denen ihre Partnerstudierenden, die vor wenigen Monaten noch in Düsseldorf zum Seminar waren, sich in Uniform zeigen.

Geschriebenes – die Diss-List

Themenwechsel, auch wenn's schwer fällt. Aus der Dissertationsmanufaktur unseres Instituts sind neue Arbeiten erschienen, die wir natürlich sehr empfehlen:

- Jörn Kramer hat seine Diss mit dem Titel „Die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden: zugleich eine Untersuchung zur gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellbeteiligten“ veröffentlicht (Mohr Siebeck 2023).
- Julian Urban hat über „Plattformbasierte Ökosysteme im Kartellrecht“ (Nomos 2023) geschrieben, ein Thema, das vielen Beobachtern der Digitalwirtschaft unter den Nägeln brennt.
- Nils Overhoff hat sich in einer empirisch unterlegten Arbeit die Frage vorgeknöpft, ob die immer wieder gewährte zweite (dritte, vierte) Chance von insolventen Unternehmen eigentlich mit der Idee des Wettbewerbsschutzes kompatibel ist („Wettbewerbsschutz und die Unternehmenssanierung in der Insolvenz“, Nomos 2023).

Sie wissen ja: alle kartellrechtlichen Dissertationen (und Habilitationen) seit 2016 gehören in die Diss-List auf dieser Seite.¹⁰² Arbeiten, die dort nicht verzeichnet sind, existieren quasi nur in einer Zwischenwelt, so als stünden sie in einem Bücherregal in der zweiten Reihe hinter den sieben Ordnern des

Frankfurter Kommentars. Meldungen bitte gern an unser Team!

Werbefreie Zone

(„Das war jetzt aber ein wirklich langer Werbeblock“, sagt ein erschöpfter Anwalt gerade zu dem Associate, den er gern neben sich hat, wenn er die SSNIPpets liest, weil er dann immer noch einen Zuhörer für seine Kommentierung der SSNIPpets hat, während der Associate eigentlich gern noch das jüngste RFI ausfüllen würde. Mit jeder Minute Gesprächsverlängerung sieht der Associate auch heute das Date mit seiner neuen Freundin dahinrieseln, dabei wollte er ihr „The Informant“ zeigen, um ihr mal nahezubringen, was er so tut. „Manchmal habe ich den Eindruck“, sagt der Anwalt jetzt, „die SSNIPpets auf D’Kart sind eine Dauerwerbesendung, so wie früher auf ProSieben. Kennen Sie noch? Als ich Examen geschrieben habe, hab ich zur Ablenkung die Wok-WM mit Stefan Raab geschaut, Wahnsinn, wie lange das schon wieder her ist, da stand da oben immer „Dauerwerbesendung“ im Fernseher. Kennen Sie Stefan Raab eigentlich noch? Ganz groß, ganz groß, so einen wie den gibt es heute gar nicht mehr. Gibt es die Wok-WM denn noch?“ – Der Associate will zur Antwort ansetzen, aber es geht schon weiter...)

Bye-bye-Byehilfenverbot

Wenn Sie noch einen „Long Read“ fürs Wochenende brauchen, habe ich einen Tipp, auf den ich durch einen bemerkenswerten Tweet aufmerksam wurde. Der Text, um den es geht, ist aus der Financial Times (hier zu finden).¹⁰³ Inhalt (sehr verknappt): Die EU setzt ihr Potenzial aufs Spiel, weil sie den Binnenmarkt nicht ausreichend schützt, jenes Konstrukt, das eigentlich die Basis des gesamten europäischen Projekts ist. Gefährdet ist der Binnenmarkt vor allem durch die heftige Subventionspolitik, die sich in den letzten Jahren Bahn gebrochen hat. Laut FT hat die Kommission zwischen März 2022 und August 2023 Beihilfen in Höhe von € 733 Mrd. genehmigt. „Brussels threw the economic rule book into the fire“, heißt es in dem Text. In diesem Rulebook, nur zur Erinnerung für alle, die noch

¹⁰² <https://www.d-kart.de/blog/2018/11/23/die-diss-list/>

¹⁰³ https://subs.ft.com/sale2023?segmentId=baf22a87-7ac7-e095-360b-8eb185d4caa0&ds_medium=cpc&gclid=EAIaIQobChMI_r-

Cmu7AggMVBPrIch1w-w1OEAAAYASAAEg-JYKfD_BwE&gclid=aw.ds (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

nicht weiter als bis Art. 106 AEUV geblättert haben, steht in Art. 107 Abs. 1 AEUV:

Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. (Hervorhebung nur hier)

Seit Corona heißt es wohl bye-bye Byehilfenverbot... Leisten können sich solche Ausgaben nur die wohlhabenden Staaten, oder die, die sich dafür halten. Die Folge ist eine Verzerrung des Wettbewerbs in der EU.

Der Text aus der Financial Times ließ nicht unerwähnt, dass das Problem vom Europäischen Rat erkannt wurde. Enrico Letta, ehemals italienischer Ministerpräsident, neben Pascal Lamy Chef der Denkfabrik Institut Jacques Delors, ist beauftragt, einen Bericht vorzulegen.

Das Bemerkenswerte ist nun Folgendes: Den Text empfahl Benoît Cœuré, Präsident der französischen Kartellbehörde Autorité de la Concurrence, in einem Posting. Eh ben, dachte ich, c'est intéressant. Immerhin zittert ja mancher Wettbewerbsfreund (m/w/d) in Europa gerade vor einem erstarkenden französischen Kommissar, der möglicherweise seine heimatliche Industrie mit viel Staatsknete aufpäppeln will. Vielleicht hat er in seinem wackeren Landsmann Cœuré einen Gegenspieler.

AC (DK)

Die letzte Meldung für heute entnehmen wir einem Posting von Christian Bergqvist, Kartellrechtsprofessor in Kopenhagen. Dänemark litt, wie bereits bekannt, 16 Jahre lang unter der Marktaufteilung, die 22 Nachtclubs vorgenommen hatten. Nun dies:

Ecit Account A/S har overtrådt konkurrenceloven ved som rådgiver at være med til at etablere og opretholde et kartel, hvor en række selvstændige diskoteker og deres indkøbsselskab delte markedet imellem sig.

Das ist natürlich ein dolles Ding: Beim Disco-Kartell gab es einen Kartellgehilfen, der jetzt auch bebußt werden soll.¹⁰⁴ Nein, es war nicht AC-Treuhand. Aber schöne Sprache, oder? Kann man in der auch singen? Ja, das klingt dann ungefähr so. „Skarpty lys“ von Gilli war der Hit der letzten Wochen in Dänemark. Für eine Übersetzung des sicher sehr hellsichtigen Texts wenden Sie sich bitte an eine Wettbewerbskommissarin a.D. Ihres Vertrauens.

Schönes Wochenende!

¹⁰⁴ [https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20231026-consultancy-firm-ecit-participated-in-night-](https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20231026-consultancy-firm-ecit-participated-in-night-club-market-sharing-cartel/)

[club-market-sharing-cartel/](https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20231026-consultancy-firm-ecit-participated-in-night-club-market-sharing-cartel/) (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

SSNIPpets (48): The latest of the latest

Prof. Dr. Rupprecht Podszun is a Director of the Institute for Competition Law at Heinrich Heine University in Düsseldorf.

contact: ls.podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun*, DKartJ 2023, 97

The 11th amendment to the German competition law act (GWB) has entered into force. The 12th amendment of the GWB is being prepared. Is GWB13 around the corner? We don't have an answer to this question (which is not far-fetched) – but we do have the most important news of the week, compiled by Rupprecht Podszun.

The knot

We recently spoke to an observer of the antitrust scene in Germany who resides at Cologne, and he explained that his location is ideal: the authorities in Brussels and Bonn are close by, as is “the Düsseldorf knot” (in German: *Der Düsseldorfer Knoten*). That’s actually a good description: you’re almost always there in Cologne, that’s *prihima* (as they say there), but somehow Cologne is for competition law what Weeze Airport is for tourism in Düsseldorf: a far-away suburb. Of course, we don’t want to get into the competition with Cologne, but rather say something about the “Düsseldorf knot” here today. I’m going to reveal that right now:

These SSNIPpets are shamelessly promoting the good cause again!

Before we get there, however, we must fulfil our duty as chroniclers and present the most important links of the week for all those who have left the increasingly anti-social networks.

Unbundling the knot

The 11th amendment to the GWB, including disgorgements of profits and the German “New Competition Tool” in § 32f, has now come into force. This marks the highly official start of the guesswork as to which unbundling order from the Bundeskartellamt will hit first – or at least some of the milder means, foreseen in § 32f...

We are betting, somewhat conservatively and boringly, on the waste disposal industry, which has been in the Bundeskartellamt’s sights for some time. Kim Manuel Künstner, a lawyer with Schulte Riesenkampff, has presented an expert opinion on behalf of Lobbycontrol, the NGO, according to which the Bundeskartellamt can divest Amazon’s business with the help of the new rule.¹⁰⁵ The B2, the Bundeskartellamt’s unit for Amazon, nowadays led by Julia Topel, may take over!

Andreas Mundt, who is perhaps also a not entirely uninteresting source in this matter, recently commented very effusively on the sector inquiry by his Austrian colleagues from the *Bundeswettbewerbsbehörde* into food retailing and applauded it with an emoji. Says Mundt:

¹⁰⁵ <https://www.lobbycontrol.de/konzernmacht/gutachten-bestaetigt-amazon-ist-zu-maechtig-und-muss-zerschlagen-werden-112421/> (accessed 13.11.2023).

“Natalie Harsdorf-Borsch and team highlight the market situation in 🛒 food retail, where the parallels to Germany are obvious: A high concentration at retail level. According to the BWB, the big four retail chains in Austria have a combined market share of over 90 per cent. This is similar in Germany with Edeka, Rewe, Aldi and the Schwarz Group with Lidl. (...) For me, there is little reason to believe that the results in Germany would be much different.”

Andreas Mundt on LinkedIn, 4 November 2023

The four from the supermarket checkout had already rumbled fiercely against the GWB amendment via the Handelsverband. Nevertheless, mentioning Edeka and Rewe gives us reason to present the most beautiful *November song* we know. Alexander Kirk drew my attention to what the marvellous musician Thomas Pigor wrote six years ago – you can hear and see it [here](#).¹⁰⁶ That is an absolute treat for all fans of merger control (if you understand German)!

The relativity of simultaneity

Matthias Heider, who took care of competition policy for the CDU in the German Bundestag for a long time, once said: After the GWB amendment is before the GWB amendment. This so-called “Heider dictum” has now been effectively refuted. The idea of sequentiality that resonates in his sentence is being replaced by simultaneity in the current reform drive.

You have to imagine the competition department of the Federal Ministry of Economics as a Minkowski room. The physicist Hermann Minkowski developed this idea in a lecture, incidentally in Cologne (!).¹⁰⁷ I can’t explain the Ministry-Minkowski in detail, but it has to do with the fact that space and time are relative and things happen simultaneously. In short: with the announcement of the entry into force of the 11th amendment to the GWB, the public consultation on the 12th amendment is now available.¹⁰⁸

In a multiple-choice questionnaire, the Ministry wants to know what you think of its work and what you think of various projects on the competition policy agenda.¹⁰⁹ The topics covered are cartel damages, administrative powers in consumer protection, merger control & ministerial authorisation of mergers and, of course, sustainability. If this multiple-choice questionnaire reminds you of your driving licence test and you are worried that you will fail, we have something for you. The Düsseldorf Prep Package!

How not to fail the Ministry’s multiple choice

- You know that Alexander Kirk, Philipp Offergeld and Tristan Rohner have published an entire book in which they deal with “Competition Law at the Turning Point” and bring together contributions from outstanding authors who comment on and evaluate precisely this agenda. This book is available here, for example.¹¹⁰ In it, my colleague Christian Kersting takes a look at the various construction sites in damages law, for example.
- Speaking of cartel damages, ~~ice cream manufacturer and~~ prolific judge Dr Gerhard Klumpe recently wrote here about ideas for reforming the law on damages, which Justus Haucap and I then discussed in our podcast “Bei Anruf Wettbewerb”. (This is what we call a cross-media campaign). If you want to cite Judge Klumpe’s contribution or other contributions to this blog seriously in the future (seriously – i.e. in your blog post, LinkedIn entry, in WuW/NZKart/ZWeR, in your doctoral thesis or in a written pleading) – then you can do so with the new DKartJ citation. You can find the DKartJ version of an article by clicking on it; if we have already entered it into our system, DKartJ is linked (take a look at this article on the 11th amendment to the GWB, for example).¹¹¹ Or you can look directly at the current annual edition of DKartJ. Is the DKartJ a new

¹⁰⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=jVjrweOymFE>.

¹⁰⁷ <https://www.deutschlandfunk.de/erfinder-der-vierdimensionalen-raumzeit-100.html> (accessed 13.11.2023).

¹⁰⁸ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20231004-konsultation-reform-kartellrecht.html> (accessed 13.11.2023).

¹⁰⁹ <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/12/d-kart-spotlights-agenda-2025/>.

¹¹⁰ <https://www.nomos-shop.de/nomos/titel/kartellrecht-inder-zeitenwende-id-112347/> (accessed 13.11.2023).

¹¹¹ *Wagner-von Papp*, DKartJ 2023, 22-33.

competition law journal? No, it is just an attempt to arm ourselves against the eventuality that everything collapses here, which wouldn't surprise us in any way. And then it would be a shame for the beautiful pieces that would have disappeared into the darknet.

- A team from HHU led by Justus Haucap and myself has presented a comprehensive report on competition and sustainability, in which we explored options for the Ministry. The report is available online here.¹¹²
- Back in 2018, together with Christoph Busch and Frauke Henning-Bodewig and with strong support from Gregor Schmieder, I drew up an expert report on consumer protection. Should the Bundeskartellamt be given powers in this field? Answers in English were published in EuCML 2019, 75, in German they are freely available, here.¹¹³

Good for you! All you have to do is read and summarise. And what about us?

Of course, we try to stay on top of things. For example, we at the Düsseldorf Institute for Competition Law are currently working feverishly passionately on the new edition of the competition law commentary by Loevenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, which will have a slightly shorter name from the next edition onwards. The English-language and actually new version of our DMA commentary is also "in the making". You can discover the many smaller contributions from our Institute in WuW, NZKart, SSRN or the Roman Herzog Institute's "Impulse Spezial" issue.¹¹⁴

Therapeutic effects of talking competition law

Eversheds partner Daniel von Brevern recently visited us for a therapeutic measure. He is, by his own admission, "obsessed" with Art. 3 (4) ECMR. His obsession revolves around full-function joint ventures, the

acquisition of joint control, the ECJ decision *Austria Asphalt* (Case C-248/16) and its interpretation by the European Commission. In the meantime, von Brevern is even haunted by the idea that the Commission simply picks and chooses its merger cases as it pleases... largely undisturbed by judicial review.

We were able to help: He took part as a speaker in our lecture series on competition law, where he described these problems to our students in a captivating lecture with some self-irony. His promise: He will now abandon this topic, on which he has published a great deal, notify what needs to be notified and believe that merger control will hit the right cases. (Which may have to be proven by the 12th amendment to the GWB).

Why I mention this: Because I want to draw attention to our great lecture series, to which all interested parties are invited! Von Brevern's lecture is just one example of the exciting insights into the engine rooms of antitrust. Speakers in the coming weeks include Lilie Barski (E.ON), Romina Polley (Cleary Gottlieb), Björn Herbers (CMS) and Sabrina Raatz (Düsseldorf Regional Court). We do not dare to predict whether their presentations will also have a healing effect on the speakers or the audience, but even if they do: You don't need a prescription, it costs nothing, you are welcome. (Every Thursday, 2.15 pm, room 01.22 in the Faculty of Law – all speakers and topics under this link!)¹¹⁵

However, we have to make a correction to the schedule right away: We have to postpone the afternoon with Dirk Möller from the Bundeskartellamt, which I was particularly looking forward to for old times's sake and the hot topic. Möller is to speak about the Burda/Funke case – two giants of the traditional media world who were allowed to merge some activities and cooperate in marketing. Anyone who reads the clearance decision (e.g. here) will know that the Bundeskartellamt did not take the decision light-heartedly.¹¹⁶ If you want to hear more about this and don't want to wait for the new date in the lecture series: The Düsseldorf Higher

¹¹²

<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/transformation-zu-einer-sozial-okologischen-marktwirtschaft.html> (accessed 13.11.2023).

¹¹³ <https://www.jura.hhu.de/service-und-it/aktuelles/neue-studie-bundeskartellamt-koennte-verbraucherschutz-uebernehmen> (accessed 13.11.2023).

¹¹⁴ <https://www.romanherzoginstitut.de/publikationen/detail/impulse-spezial.html> (accessed 13.11.2023).

¹¹⁵ <https://www.jura.hhu.de/service-und-it/aktuelles/ankuendigung-ringvorlesung-kartellrecht-2> (accessed 13.11.2023).

¹¹⁶ <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2023/V-31-22.html> (accessed 13.11.2023).

Regional Court has scheduled a hearing for 15 November 2023 at 11.00 am.

A guest from Oxford

We have a very special highlight in this semester's lecture series. We have a new programme for visiting professors at the Faculty of Law at Heinrich Heine University, which enables us to invite a top-class guest every winter semester. As the Institute of Competition Law, we have the honour of kicking off the programme with Ariel Ezrachi, who will be coming to Düsseldorf for a number of events over the coming months. Ariel is the Slaughter and May Professor of Competition Law at the University of Oxford and Fellow at Pembroke College. (Our friend from Cologne would probably talk about the "Oxford knot" when he talks about locations for doing research).

Ezrachi is the Director of the Oxford Centre for Competition Law and Policy, but above all he is a driving force behind many current debates. His books, often co-authored with US economist Maurice Stucke, are regularly at the top of the bestselling lists (at least in the segment of gripping antitrust literature). "Virtual Competition" was the starting signal for the critical examination of Big Tech. Ezrachi has remained true to this in his new book "How Big-Tech Barons Smash Innovation". In between was "Competition Overdose" with the disturbing thesis that there is such a thing as toxic competition. If you want to get to know Ezrachi, come to the lecture series on 30 November 2023 – his topic: "Digital Markets and Their Perils".

Cultural intermezzo

Off topic: By the way, we have another event that very evening that already has me chirping and cheering: We are dragging eighty law students from our university to the Düsseldorf opera, to watch Mozart's "Magic Flute" and to ~~lower the average age to a record low~~ infect them with the cultural virus. It has an angle to antitrust: Lawyer Christian Horstkotte (Mayer Brown) sponsors the interval drink (without which opera is not opera), just for the fun of it. That deserves a mention here!

Düsseldorf on tour

Because we were just talking about visiting professors: My institute colleague Christian Kersting, known from TV, radio and arbitration proceedings, did not take a holiday during the often so-called "semester break", but was invited to other universities as a visiting professor. In September and October, Kersting travelled to Brazil. There he taught at the Fundação Getúlio Vargas Law SP in the metropolis of São Paulo, where he focussed on cartel damages, leniency and private enforcement.

His visiting professorship before that, in August, has taken on a completely different meaning in retrospect. Mr Kersting was at our partner faculty, the Harry Radzyner Law School, which belongs to Reichman University in Herzliya, Israel. In addition to teaching on private enforcement in European antitrust law with around 50 highly motivated Israeli students, the programme also included a wide range of discussions with colleagues from the Radzyner School. The cooperation and friendship between our two faculties is of particular importance to us. In times of terror against Israel, we feel this bond particularly strongly. The events come very close when Christian reports on the news from the professors with whom he was just walking cheerfully across the campus, or when students who took part in our exchange seminar with Herzliya show us Instagram photos of their partner students, who were in Düsseldorf for the seminar just a few months ago, in combat uniform.

Written in stone – the Diss-List

Change of subject, even if it's hard. New PhD theses have been published by students who were supervised by Christian or me. They are highly recommend, of course!

- Jörn Kramer has published his dissertation entitled "Die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden: zugleich eine Untersuchung zur gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellbeteiligten" (Mohr Siebeck 2023). This one deals with damages and lump sums, and also the joint responsibility of cartelists.
- Julian Urban has written about "Plattformbasierte Ökosysteme im Kartellrecht" (Nomos 2023), i.e. digital ecosystems, a topic that is on

the minds of many observers of the digital economy.

- In an empirically based study, Nils Overhoff has addressed the question of whether the second (third, fourth) chance repeatedly granted to insolvent companies under German insolvency rules is actually compatible with the idea of competition protection (“Wettbewerbsschutz und die Unternehmenssanierung in der Insolvenz”, Nomos 2023).

As you know, all PhD dissertations (and habilitations) on competition law since 2016 belong into the Diss List on this page.¹¹⁷ Works that are not listed there only exist in a twilight, as if they were on a bookshelf in the second row, hidden behind several volumes of Areeda’s and Hovenkamp’s Antitrust Treatise. Please send your entries for the Diss-List to our team!

No advertising here

“Phew, that was a really long commercial in this blog”, says an exhausted law firm partner to the associate he likes to have next to him when reading the SSNIPpets, because then he still has a listener for his commentary on the SSNIPpets, while the associate would actually like to fill out the latest RFI. With every minute that passes, the associate sees the date with her new boyfriend trickling away, and she wanted to show him “The Informant” tonight, to explain to him what she does on the job. “Sometimes I get the impression,” says the lawyer, “that SSNIPpets on D’Kart is a permanent advertising programme, just like it used to be on telly. Do you remember that? When I was writing my exams, I used to watch the Wok World Cup with Stefan Raab to distract myself, it’s crazy how long ago that was, it always said “permanent advertising programme” [*Dauerwerbesendung*] on the TV, right in the upper left corner. Do you still know Stefan Raab? Is he known in your generation? Very big, he was a giant of entertainment, there is no one like him today. Does the Wok World Cup still exist?” – The associate is about to answer, but it’s already going on...)

Stayin’ alive stayte aid

If you still need a “long read” for the weekend, I have something for you that came to my attention through a remarkable tweet. The text in question is from the Financial Times (to be found here).¹¹⁸ Content (very roughly): The EU is jeopardising its potential by failing to adequately protect the single market, the idea that is actually the basis of the entire European project. The internal market is at risk above all due to the fierce subsidy policy that has taken hold in recent years. According to the FT, the Commission approved subsidies totalling €733 billion between March 2022 and August 2023. “Brussels threw the economic rulebook into the fire”, the text reads. In this rulebook, just a reminder for all those who have not yet leafed through more than Art. 106 TFEU, Art. 107 para. 1 TFEU reads:

“Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.” (emphasis added here only)

Since the pandemic, state aid is stayin’ alive... Only the wealthy EU Member States, or those who think they are, can afford such expenditure. The result is a distortion of competition in the EU.

The text from the Financial Times did not fail to mention that the problem has been recognised by the European Council. Enrico Letta, former Italian Prime Minister and head of the Jacques Delors Institute think tank alongside Pascal Lamy, has been tasked with presenting a report.

The remarkable thing is the following: Benoît Cœuré, President of the French antitrust authority Autorité de la Concurrence, recommended the text in a post. *Eh ben*, I thought, *c’est intéressant*. After all, many competition advocates in Europe are trembling at the prospect of a strengthened French commissioner who may want to boost his home industry with a lot of state

¹¹⁷ <https://www.d-kart.de/blog/2018/11/23/die-diss-list/>.

¹¹⁸ <https://www.ft.com/content/124b4cdb-deb9-49a0-b28d-d97838606661> (accessed 13.11.2023).

money. Perhaps he has an opponent in his valiant compatriot Cœuré.

AC (DC)

The last news item for today comes from a post by Christian Bergqvist, professor of competition law in Copenhagen. As we already know, Denmark suffered for 16 years from the market division that 22 night-clubs had undertaken. Now this:

Ecit Account A/S har overtrådt konkurrenceloven ved som rådgiver at være med til at etablere og opretholde

et kartel, hvor en række selvstændige diskoteker og deres indkøbsselskab delte markedet imellem sig.

Of course that's a great thing: there was a cartel facilitator in the disco cartel who is now also to be fined.¹¹⁹ No, it wasn't AC-Treuhand. But this Danish is a nice language, isn't it? Can you sing in it? Yes, it **sounds something like this**. "Skarpty lys" by Gilli was the hit of the last few weeks in Denmark. For a translation of the surely very clairvoyant lyrics, please contact an EU competition commissioner you trust.

Have a nice weekend!

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

Vor Gericht: Apothekenkundenzeitschriften

Prof. Dr. Rupprecht Podszun hat den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf inne.

Kontakt: podszun@hhu.de

Zitiervorschlag: *Podszun*, DKartJ 2023, 102

*Es geht um ältere Damen, ein Pfeildiagramm und irgendwas mit Medien: Vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf hat das Bundeskartellamt eine Freigabeentscheidung in einem Fusionsfall verteidigt – ein Wettbewerber hätte lieber eine Untersagung gesehen. **Rupprecht Podszun** war bei der mündlichen Verhandlung des 1. Kartellsenats und berichtet.*

Mittwochsmorgens im OLG

Als Rechtsanwalt Till Steinvorth das Wort erteilt wird, es ist 11:27 Uhr am Mittwoch, 15.11.2023, ist eigentlich klar: Er kann schon wieder einpacken. Genau 17 Minuten hatte der Vorsitzende Richter Jürgen Breiler zuvor gebraucht, Sachstand und Rechtslage des zu verhandelnden Falles aus Sicht des 1. Kartellsenats zusammenzufassen. Viel zu verhandeln scheint es jedenfalls aus Sicht des Senats nicht zu geben. Breiler – er ist der Nachfolger des legendären Jürgen Kühnen – hatte in seinem Bericht schon recht deutlich gemacht, dass man dem Begehrt der Klägerin nicht nachkommen werde.¹²⁰ Und dann hatte er auch noch gemahnt, es möge bitte nur das noch gesagt werden, was nicht ohnehin in den Schriftsätzen stehe.

¹¹⁹ <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20231026-consultancy-firm-ecit-participated-in-night-club-market-sharing-cartel/> (zuletzt abgerufen am 13.11.2023).

¹²⁰ <https://www.d-kart.de/blog/2021/07/25/ssnippets-46-ende-einer-aura/>.

Das ist natürlich ein Killerargument: Es fällt schwer zu glauben, dass es noch Dinge gibt, die in diesem Verfahren noch nicht schriftsätzlich thematisiert wurden. Steinvorth (der in Düsseldorf vermisst wird, seit er 2020 nach Hamburg wechselte) wäre aber natürlich kein Anwalt, wenn er sich von solchen Bemerkungen einschüchtern ließe. Mit fast schon norddeutscher Gelassenheit macht er daher noch einmal die Punkte, die er wohl für wesentlich hält. Als er eine Korrektur zur Sachverhaltsdarstellung anbringt, fällt ihm Richter Breiler ins Wort: „Im Votum steht’s, ich muss hier aber eine gedrängte Fassung präsentieren.“

Der Vorsitzende

Das Votum bezieht sich auf Fall VI Kart 7/23 [V] – Heinrich Bauer Verlag KG gegen Bundeskartellamt. Nach nicht einmal einer Stunde ist die „gedrängte Fassung“ dieses spannenden medienkartellrechtlichen Falles durch, gerade so, als würde der 1. Kartellsenat heute noch am Fließband Verhandlungen erledigen müssen, um irgendwie das Tagespensum schaffen zu können.

Vorsitzender Richter Breiler hat Alexandra Poling-Fleuß und Ursula Mis-Paulußen an seiner Seite. Ich erlebe ihn erstmals auf der Richterbank, er ist ein stattlicher, großgewachsener Mann. Höchst seriös, Lesebrille. Aus seinem Gesichtsausdruck lässt sich nicht schließen, was er von dem denkt, was gerade gesagt wird. Die Verhandlung beginnt er mit einem gestrengen Hinweis: Wer vor diesem Senat erscheinen will, sollte doch vorher bitte mitgeteilt haben, wer kommt. So haben es aber nicht alle Parteivertreter gehalten. Also müssen noch Namen und deren Schreibweise mühsam im Protokoll notiert werden.

Die Hinterköpfe

Diese Namen gehören zu den – aus Zuschauerbank-sicht – zahlreichen seriös frisierten Hinterköpfen mit schwarzen Roben oder doch zumindest gedeckter Kleidung. Hält man den Blick hoch, zur Richtertribüne, könnte man übersehen, dass im Raum A208 des Oberlandesgerichts Düsseldorf vieles gedrängt ist: Die leider erforderlichen dicken Regenmäntel und die großen Aktenkoffer stapeln sich in den Ecken des holzvertäfelten Raums, und auch die Zuschauerbänke sind recht

gut gefüllt, überwiegend mit jungen Leuten aus den beteiligten Häusern und meiner Kartellrechtsvorlesung. Einziger Blickfang im Raum ist die große blau-weiß etikettierte Glasflasche mit Mineralwasser, die die Anwältin Donata Beck selbstbewusst vor sich auf den Tisch gestellt hat. Beck ist mit Ulrich Klumpp und Annika Witte Paz für die Partner der Fusion da, die heute in Frage gestellt wird.

Der Fall

Wenn man von der dunklen Kleidung schließen würde, hier würde etwas zu Grabe getragen, wäre das ein Fehlschluss, im Gegenteil: Hier wird die Geburt einer Anzeigenvermarktungsmaschine abgesegnet. Die Funke Mediengruppe beteiligt sich an einem Gemeinschaftsunternehmen mit dem Burda Verlag, BCN heißt das Baby. Burda und Funke, das sind große Namen der Medienwelt, die immer noch stark im Printgeschäft aktiv sind. BCN vermarktete bislang das sogenannte „Werbeinventar“, also die Anzeigenplätze, für Burda und die Klambt-Gruppe. Nun soll auch das Marketing für die Medien von Funke dazukommen. Wettbewerber wie der jetzt klagende Heinrich Bauer Verlag, der Axel Springer Verlag oder Wort & Bild sind *not amused*. Das Bundeskartellamt hatte in einer aufwändigen Entscheidung (186 Seiten) die Fusion freigegeben und die Kooperation nicht beanstandet (Aktenzeichen V-31/22, 16.3.2023).

Als ich erstmals von dem Fall hörte, schossen mir zwei Gedanken durch den Kopf: Erstens dachte ich an die Ausnahme in § 30 Abs. 2b GWB. Wir hatten diese Norm ja eingeführt, um der lieben Presse ihre Wünsche zu erfüllen. Sie sollte eine Ausnahme vom Kartellverbot erhalten für eine „verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken“. Schon damals hatten wir diskutiert, welche Rückwirkungen dieses gesetzgeberische Bekenntnis zur Kooperation der Verlage für die Fusionskontrolle haben würde. Den Gedanken konnte ich in diesem Fall aber getrost zur Seite schieben:

„Die geplante gemeinsame Vermarktung von Anzeigen als verlagswirtschaftliche Kooperation wäre zwar im Grundsatz nach § 30 Abs. 2b GWB von der Anwendung des § 1 GWB ausgenommen. Vorliegend ist

allerdings angesichts der Höhe der Umsätze mit Kunden aus dem EU-Ausland von einer Berührung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen und somit der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV eröffnet.“ (Entscheidung des BKartA, Rn. 17)

Klar, wenn zwei Branchengrößen wie Burda und Funke gemeinsame Sache machen, wird das nach europäischem Recht geprüft, da helfen die Geschenke der deutschen Politik nicht viel. Das kann man sich mal für die 12. GWB-Novelle vormerken.

Werbung im Zeitalter von Big Tech

Der zweite Gedanke war: Kann eine solche Kooperation wirklich ein Problem darstellen, wenn es doch so offensichtlich ist, dass die Werbeumsätze ins Internet abwandern?

Vielleicht war ich etwas voreingenommen, hatte ich doch kurz zuvor einen Vortrag von Martin Andree gehört, der das Buch „Big Tech muss weg“ geschrieben hat, eine Losung, die mir grundsätzlich nicht unsympathisch ist. Medienwissenschaftler Andree geht davon aus, dass auf „redaktionelle Medien“ (damit meint er solche, die mit einer ordentlichen Redaktion arbeiten und nicht einfach Inhalte Dritter abspielen) bis 2029 weniger als 25 % Anteil an der Medienlandschaft entfallen wird. Dann wäre ein negativer Tipping Point überschritten, so Andree. *Game Over* für die klassischen Medien – wenn es nicht zu einem großen Umsteuern kommt: „Big Tech muss weg“.

In der ganzen Verhandlung vor dem OLG: Kein Wort zu Big Tech. Kein Wort dazu, dass Meta pro Jahr über 100 Mrd. Dollar Werbeerlöse einstreicht oder Alphabet über 200 Mrd. Dollar. (Allerdings muss Google ja ungefähr ein Drittel seiner Erlöse aus Werbung bei Google Search an Apple abtreten, wie wir aus dem Google Trial just erfahren haben...)¹²¹ Nur zum Vergleich: Hubert Burda Medien machte 2022 mit allen Konzerngeschäften Umsätze in Höhe von 2,92 Mrd.

Euro.¹²² Fressen die digitalen Intermediäre die Werbeumsätze der geliebten deutschen Verlage also systematisch auf?

Doch wie dramatisch die Zahlen für die deutschen *Publisher* derzeit sind, ist nicht ganz so klar, wie man meinen könnte.¹²³ Und auch die kartellrechtliche Marktabgrenzung ist nicht so schlicht, dass man Keyword-Advertising bei Google und eine Anzeige im TV-Blättchen *Prisma* ohne Weiteres gleichsetzen könnte.

Das Bundeskartellamt macht nüchtern seine Arbeit, und die geht so: „Wir schauen auf die Leute“, erklärt Berichterstatter Dirk Möller vom Kartellamt, der den Fall ermittelt hat. Was er damit sagen will: Die Leistungen müssen nach den bekannten Kriterien für die Nachfrager (vulgo: die Leute) substituierbar sein, entsprechend werden ganz ohne Hype die Märkte abgegrenzt.

SuperIllu, SuperBranche

Wer beim Bundeskartellamt arbeitet, kann Glück oder Pech haben mit seinen Branchen. Der Job, den Möller hier erwischt hatte, dürfte zu den angenehmeren zählen (wobei, ganz sicher, die Fusionskontrolle bei dentalen Fräsmaschinen (aktueller Fall: B3-107/23) oder Güllegrubbern (B5-129/23) macht auch Freude!). Im vorliegenden Fall durfte die Beschlussabteilung V sich in Zeitschriften vertiefen und abgrenzen, wer was liest und wer wo inseriert. Allein Burda gibt 150 Zeitschriften heraus (darunter ~~Langen~~ *Bunte*, *SuperIllu*, *TV Spielfilm*), Funke derer 38 (z.B. *HörZu*, *TV-Digital* und *Bild der Frau*).

Bis zu dieser Verhandlung war mir ehrlich gesagt verborgen geblieben, wo im deutschen Print-Markt ~~das Zäpfchen abgeht~~ die Musik spielt, welches eine Cash Cow dieser Unternehmen ist, eine Perle der publizistischen Zunft, das, wofür wir die Pressefreiheit lieben und achten: Es sind die „Apothekenkundenzeitschriften“ (Richter Breiler: „Entschuldigung, aber das Wort

¹²¹ <https://www.cnn.com/2023/11/14/google-pays-apple-36percent-of-safari-search-revenue-sundar-pichai.html> (zuletzt abgerufen am 24.11.2023).

¹²² <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/bilanz-hubertburdamedia-rechnet-2023-mit-weitgehend-stabilem-umsatz-211667> (zuletzt abgerufen am 24.11.2023).

¹²³ <https://www.bdzv.de/alle-themen/marktdaten/zur-wirtschaftlichen-lage-der-deutschen-zeitungen-2023> (zuletzt abgerufen am 24.11.2023).

ist echt ein Zungenbrecher.“) Als ich nach der Verhandlung am OLG dieses Segment näher studieren wollte, stellte ich fest, dass an jenem Mittwoch die Apotheken in Düsseldorf bestreikt wurden, sodass meine Marktuntersuchung vorerst ausfallen musste. Am Tag darauf lernte ich dann, dass es in Apotheken, was mir bislang entgangen war, ein eigenes Regal mit kostenlosen Zeitschriften, Info-Broschüren und Flyern gibt, das sich vor dem Regal mit Beinwellwurzel-Fluidextrakten wirklich nicht verstecken muss.

Seine Flamme heißt Karina

Leserinnen und Leser werden sich erinnern, dass sie Apothekenmagazine schon als Kinder kannten – immerhin hingen, zumindest in meiner Kindheit, die süßen Tierposter aus der *medizini* in allen Klassenzimmern (*Medizini* gibt es noch immer, im Novemberheft steckt ein ganz süßer junger Steinbock!). *Medizini* gehört zur *Apotheken Umschau* (Verlag Wort & Bild), jener Zeitschrift, für die das Bundeskartellamt eine Auflage von 7,4 Millionen angibt und die mit 69 % der Werbeumsatzerlöse in diesem Segment marktführend ist. Ich bin als Schriftleiter der eigentlich nicht minder interessanten Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“ (WuW) quasi vom Fach und erblasse vor Neid. Die Zahl der im Impressum der *Apotheken Umschau* angegebenen Redakteurinnen und Redakteure (habe bei 50 aufgehört zu zählen) übersteigt die der WuW (3 bei sehr großzügiger Zählung) um ein Vielfaches. Vielleicht sollte die WuW doch auch junge Leser/innen mit Tierpostern anfüttern und den gestandenen Leser/innen ein Interview mit Thomas Gottschalk beschenken? (Wussten Sie eigentlich, dass Gottschalk mit einer Controllerin namens Karina aus Baden-Baden zusammen ist, die ihn zu einem singenden Schamanen geschleift hat, obwohl er nicht „an diese ganzen Ausräucherungs- und Yoga-Weisheiten“ glaubt? Ich lernte das bei meiner Marktuntersuchung!)

Gesundheitspräparate und/oder Versandhandel

Im Umfeld des redaktionell hochwertigen Contents werben Unternehmen, die offenbar wenig Ausweichmöglichkeiten haben. In der Kartellamtsentscheidung heißt es zur Abgrenzung der Werbemärkte:

„Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes im vorliegenden Fall und in den jüngeren Verfahren der letzten vier Jahre bestätigen, dass aus Sicht der Werbetreibenden keine Austauschbarkeit zwischen den verschiedenen Mediengattungen besteht. Die Ermittlungen haben aber durchaus gezeigt, dass die befragten Kunden verschiedene Mediengattungen buchen (...).“ (Rn. 148)

Es gebe auch keinen Gesamtanzeigenmarkt Print. Unterschieden wird zwischen Zeitungen und Zeitschriften. Im hier relevanten Segment der Publikumszeitschriften stellt das Amt fest:

„Die Ermittlungen haben vorliegend gezeigt, dass im Hinblick auf werbliche Schwerpunkte in verschiedenen Zeitschriftenkategorien Cluster von Anzeigenkunden existieren. Es zeigt sich, dass Anzeigenkunden aus den Bereichen „Gesundheitspräparate“ und/oder „Versandhandel“ in den Kategorien TV-Programmzeitschriften, TV-Supplements, Regenbogenpresse und Apothekenzeitschriften besonders relevante Kundengruppen sind (b). Die Netto-TKP [Tausenderkontaktpreis] dieser Zeitschriftenkategorien gebieten zumindest keine Zuordnung zu unterschiedlichen Märkten (c); die vier Zeitschriftenkategorien sind zudem auch aus Kundensicht hinreichend austauschbar (d), so dass die Annahme eines einheitlichen Anzeigenmarkts gerechtfertigt ist. Die begrenzte Angebotsumstellungsflexibilität rechtfertigt ebenfalls keine weitere Abgrenzung des relevanten Marktes (e).“ (Rn. 203)

Das heißt: Wer für Kautabletten gegen Lippenherpes oder Ginkgo-Pillen gegen Gedächtnisverlust werben will, braucht die älteren Damen einer bestimmten Einkommensgruppe, die eher nicht den SPIEGEL lesen [ich zitiere aus der Verhandlung]. Die Werbetreibenden entscheiden sich zum Beispiel zwischen *Freizeit-Revue* (Regenbogenpresse), *myLife* (Apothekenkundenzeitschrift) oder *FunkUhr* (TV-Zeitschrift). Die gehören also in einen Markt. Bei dieser Marktabgrenzung (zu eng, so die Zusammenschlussbeteiligten; zu weit, so die Konkurrenz) kommt es zu einer Marktführerschaft von BCN.

Keine Untersagung

Dies ist ein Fall mit erheblichen Risiken und Nebenwirkungen. Das erschließt sich schon bei der Lektüre der zusammenfassenden Würdigung des Amtes:

„Der relevante Anzeigenmarkt ist oligopolistisch geprägt (aa), jedoch nicht wettbewerbslos (bb). Obwohl potenzieller Wettbewerb kaum eine Rolle spielt (cc) und der Markt nicht monopsonistisch geprägt ist (dd), wird BCN durch den Zusammenschluss zwar zum Marktführer, ohne jedoch eine einzelmarktbeherrschende Stellung zu erlangen (ee). Ebenfalls ist trotz Erfüllung der gesetzlichen Vermutungsschwellen keine Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Position zu erwarten (ff). Die Prüfung von unilateralen, horizontalen Effekten jenseits der Marktbeherrschung (so genannter „SIEC“-Test) offenbarte Anhaltspunkte für die Gefahr einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Im Ergebnis hat sich diese Gefahr nach den durchgeführten Ermittlungen jedoch nicht hinreichend klar manifestiert (gg).“ (Rn. 307)

Ein Oligopol, ein neuer Marktführer, Anhaltspunkte für Gefahren – und doch keine Untersagung. Kein Wunder, dass Bauer kämpft. Zum Dreh- und Angelpunkt in den 54 Minuten vor dem Kartellsenat wird das Pfeildiagramm in Rn. 255 der Amtsentscheidung. Dort wird visualisiert, welche „Substitutionsketten“ wirken. Substitutionsketten, dear students, liegen vor, wenn zwar Produkt A und Produkt C nicht austauschbar sind, wohl aber beide jeweils mit Produkt B. Dann kann die Substitutionsmöglichkeit über B dazu führen, dass alle drei Produkte demselben sachlichen Markt zugeordnet werden (siehe Rn. 57 der Leitlinien zur Marktabgrenzung von 1997). So sieht es das Amt auch hier: Apothekenkundenzeitschriften haben eine gewisse Substitution mit der Regenbogenpresse, diese hat wiederum einen gewissen Substitutionseffekt auf TV-Zeitschriften, also alles eins. Irene Sewczyk, die Leiterin der Beschlussabteilung, erklärt noch einmal sehr anschaulich, wie man zu diesen Ketten gekommen sei. Irgendwo, so sagt sie, müsse man dann natürlich den Cut machen. Ja. Marktabgrenzung ist eben nicht nur Empirie, sondern hat auch ein Gran normative Wertung in sich.

Keine Beanstandung

Der Senat hält fest, es spreche einiges dafür, dass das nicht zu beanstanden ist und nichts Wesentliches übersehen wurde. Die vom Amt genannten Gesichtspunkte sprächen auch dagegen, dass die Marktanteile hier zu problematisch sind. Ein *gap case* für den SIEC-Test liege nicht vor, ein solcher komme nur in Betracht, wenn eine oligopolistische Struktur gegeben sei und nicht-kordinierte Effekte im Raum stünden.

Der Heinrich-Bauer-Verlag sieht da einiges anders, wie Rechtsanwalt Steinvorth (angereist mit Associate Jan-Hendrik Fitzl) in gebotener Gedrängtheit vorträgt. Bei den Ausführungen zum SIEC-Test lässt auch Ludger Breuer aus der Prozessabteilung des Bundeskartellamts ganz sanft durchblicken, dass der Senat sein *Wording* vielleicht noch anpassen könnte. Der SIEC-Test sei ja noch ein „zartes Pflänzchen“, formuliert Breuer. Es scheint mir übrigens in dieser Verhandlung, dass Breuer in Sachen Wortgewandtheit, Sprechtempo und der feinen Prise Ironie seinem Vorgesetzten Jörg Nothdurft, Plädoyer-Star des Amtes, nicht in viel nachsteht.

Das Ermessen ist gelesen

Nur einmal verrutscht Breuer ein Ausdruck, als er von „Zwangsarbeit“ spricht, die dem Kartellamt aufgenötigt werden könnte. Das liegt natürlich sowohl dem Gericht als auch jedem wohlmeinenden Beobachter fern, der weiß, wie sehr die Beamten in Bonn rackern (und welche Konnotation der Begriff „Zwangsarbeit“ hat). Hintergrund ist folgender: Die Klägerin hatte nicht nur die Freigabeentscheidung angefochten sowie die Untersagung oder jedenfalls Neuverbescheidung des Fusionsantrags gefordert. Sie hatte sich auch gegen eine separate Vermarktungsvereinbarung gewendet und wollte das Amt verpflichten, diese nach Art. 101 AEUV zu untersagen. Dabei hat das Amt doch ein Ermessen! Eine gerichtliche Pflicht zum Tätigwerden wäre laut Breuer „Zwangsarbeit“ gewesen. In seiner Stimme schwingt sehr hörbar ein indigniertes „tststs“ mit. Immerhin könne die Klägerin ja im Wege des *private enforcement* vor Gericht ziehen und eine Unterlassungsverfügung gegen diese Vermarktungsvereinbarung erwirken. In der Sache dürfte Breuer Recht haben, dass es einen solchen Anspruch nicht gibt. Das OLG hat derartige Ansinnen jedenfalls immer wieder abgelehnt.

Nach dem Kartellamtsteam darf noch kurz Donata Beck das Wort für BCN ergreifen, sie sieht „immense Austauschbeziehungen“ wirken und reibt Bauer rein, dass das Unternehmen selbst Teil einer ähnlichen Vermarktungskoooperation und ohnehin Marktführer hier und dort sei. Nach ihren kurzen Bemerkungen (der Vorsitzende hatte schon einen prüfenden Blick auf die Uhr an der Wand geworfen) muss sie die große blau-weiße Wasserflasche vor sich gar nicht anrühren.

Das BCN-Team mit den Inhouse-Counsels Maximilian Preisser (Burda) sowie Carsten Bronny und Eva Henebeer (Funke) kann sich beruhigt zurücklehnen. Gerald Mai und Christoph Vaske, ihre Kollegen vom Heinrich-Bauer-Verlag, haben heute keinen Scoop für ihre Blätter gelandet.

Der Senat tuschelt noch kurz, dann wird das Datum der Verkündung auf den 6. Dezember 2023 festgelegt. Es lässt sich ahnen, wie das ausgehen wird. Als Richter Breiler die Verhandlung zu BCN geschlossen hat und die Prozessbeteiligten Shake-hands gemacht haben, switchen sie ihre Handys wieder an. Dort können sie eine Medienmitteilung lesen, die das Bundeskartellamt gerade versendet hat: Das Amt sieht in der Zusammenarbeit von OpenAI und Microsoft keinen Fall für die deutsche Fusionskontrolle.¹²⁴

Disclaimer: Ich musste die Verhandlung hier in gedrängter Fassung präsentieren.

Rupprecht Podszun, Düsseldorf

In court: Pharmacy customer magazines

Prof. Dr. Rupprecht Podszun holds the Chair for Civil Law, German and European Competition Law at Heinrich Heine University Düsseldorf.

contact: ls.podszun@hhu.de

suggested citation: *Podszun, DKartJ* 2023, 107

It's about elderly ladies, an arrow diagram and has something to do with media: the German Bundeskartellamt defended a merger clearance decision before the Düsseldorf Higher Regional Court – a competitor would have preferred a prohibition. Rupprecht Podszun was at the oral hearing of the 1st Cartel Senate and reports.

Wednesday mornings at the OLG

When lawyer Till Steinvorth is given the floor, it is 11:27 a.m. on Wednesday, 15 November 2023, it is clear that he could pack his stuff and leave. It had taken presiding Judge Jürgen Breiler exactly 17 minutes to summarise the facts and the legal situation of the case to be heard from the perspective of the 1st Cartel Senate. There doesn't seem to be much to negotiate from the senate's point of view. Judge Breiler – he is the successor to the legendary Jürgen Kühnen – had made it clear in his opening statement that the plaintiff's request would not be granted.¹²⁵ And then he also warned all lawyers that they may confine themselves to comments that are not in the written pleadings.

That is of course a killer argument: it is hard to believe that there are still things that have not yet been

¹²⁴ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/15_11_2023_Microsoft_OpenAi.html

¹²⁵ <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/07/25/ssnippets-46-ende-einer-aera/>.

addressed in writing in these proceedings. But Steinvorth (who has been missing in Düsseldorf since he moved to Hamburg in 2020) would of course not be a lawyer if he allowed himself to be intimidated by such remarks. With composure, he therefore once again makes the points that he probably considers essential. When he makes a correction to the statement of facts, Judge Breiler interrupts him: “It’s in the preparatory vote, but I have to present a condensed version here.”

The Chairman

The prep vote relates to case VI Kart 7/23 [V] – Heinrich Bauer Verlag KG v. Bundeskartellamt. After less than an hour, the “condensed version” of this exciting media competition case is over, just as if the 1st Cartel Senate still had to rush through several other hearings in order to somehow manage the day’s workload.

Presiding Judge Breiler has Judges Alexandra Poling-Fleuß and Ursula Mis-Paulußen at his side. This is the first time I’ve seen him on the bench; he’s a tall man, commanding respect. Very serious, reading glasses. It is impossible to tell from his facial expression what he thinks of what is being said. He can, as he makes clear right at the beginning, be a little peeved: Anyone who wants to appear before this Senate should please have told us in advance who is representing the parties. However, not all party representatives have done so. So names and their spelling still have to be painstakingly noted down in the minutes. Breiler disapproves of this negligence.

Some backs of heads

These names belong to the numerous respectably coiffed backs of heads with black robes or at least dark clothing that I can see from the stalls. If you look up towards the judges’ table, you might overlook the fact that room A208 of the Düsseldorf Higher Regional Court is packed: the thick rain coats and large suitcases are cramped in the corners of the wood-panelled room, and the spectator benches are also quite packed, mainly with young people from the participating institutions and my competition law class. The only eye-catcher in the room is the large blue and white labelled glass bottle of mineral water that lawyer Donata Beck has confidently placed on the table in front of her.

Beck, together with Ulrich Klumpp and Annika Witte Paz, is there for the parties to the merger that is being called into question today.

The case

If one were to conclude from the dark clothing that something is being laid to rest here, that would be a false conclusion, on the contrary: the birth of an advertising marketing machine is being approved here. Funke Mediengruppe is participating in a joint venture with Burda Verlag, BCN is the name of the baby. Both are important German publishing groups, still very active in print journals. BCN has so far marketed the so-called “advertising inventory”, i.e. the advertising space, for Burda and the Klambt Group. Now the marketing for Funke’s media is also to be added. Competitors such as plaintiff Heinrich Bauer Verlag, Axel Springer and Wort & Bild are not amused. The Bundeskartellamt had cleared the merger in a lengthy decision (186 pages) and did not object (case V-31/22, 16 March 2023).

When I first heard about the case, two thoughts flashed through my mind: Firstly, I thought of the exception in Section 30 (2b) of the German competition act GWB. We had introduced the rule to fulfil the wishes of the press. It was to receive an exemption from the ban on cartels for “co-operation in the publishing industry insofar as the agreement enables the parties involved to strengthen their economic basis for inter-media competition”. At the time, we had already discussed what repercussions this legislative commitment to co-operation between publishers would have for merger control. In this case, however, I was able to confidently put this idea to one side:

“The planned joint marketing of advertisements as a publishing co-operation would in principle be exempt from the application of Section 1 GWB [the ban of restrictive agreements] pursuant to Section 30 (2b) GWB. In the present case, however, in view of the amount of sales with customers from other EU countries, it can be assumed that trade between Member States is affected and thus Article 101 TFEU is applicable.” (Decision of the BKartA, para. 17)

Of course, when two industry giants like Burda and Funke join forces, it will be scrutinised under European law, so the gifts from German politicians won't help much. You can make a note of this for the planned 12th GWB amendment.

Advertising in the age of big tech

The second thought was: Can such a co-operation really be a problem when it is so obvious that advertising revenues are migrating to the Internet?

Perhaps I was a little biased, as I had just heard a lecture by Martin Andree, who wrote the book "Big Tech muss weg" (Big Tech must go), a slogan that I generally sympathise with. Andree assumes that media with a real editorial team (as opposed by intermediaries simply displaying third-party content) will account for less than 25% of the media landscape by 2029. A negative tipping point would then be passed, according to Andree. *Game over* for traditional media – unless there is a major change of direction: "Big Tech must go".

At the Higher Regional Court: Not a word about Big Tech in the entire hearing. Not a word about the fact that Meta rakes in over 100 billion dollars a year in advertising revenue or Alphabet over 200 billion dollars. (However, Google also has to cede around a third of its revenue from advertising on Google Search to Apple, as we have just learnt from the Google trial...)¹²⁶ Just for comparison: Hubert Burda Medien generated revenues of 2.92 billion euros with all Group businesses in 2022.¹²⁷ So are the digital intermediaries systematically eating up the advertising revenues of the beloved German publishers?

However, it is not quite as clear as one might think just how dramatic the figures are for German publishers at this point of time.¹²⁸ And the market definition under competition law is not so simple that keyword

advertising on Google and an advert in the printed TV magazine *Prisma* can easily be equated.

The Bundeskartellamt does its work soberly, and it goes like this: "We look at the people," explains Dirk Möller from the Amt, who investigated the case. What he means by this is that the services must be exchangeable for the customers (i.e. the people) according to the known criteria, and the markets are defined accordingly without regard to hype.

SuperIllu, SuperBranche

Those who work at the Bundeskartellamt can be lucky or unlucky with their industries. The job that Möller got here is probably one of the more pleasant ones (although, of course, merger control in dental milling machines (current case: B3-107/23) or manure cultivators (B5-129/23) is also fun). In the present case, Decision Division V was allowed to delve into magazines and delineate who reads what and who advertises where. Burda alone publishes 150 magazines in print (including *Bunte*, *SuperIllu*, *TV Spielfilm*), Funke 38 (e.g. *HörZu*, *TV-Digital* and *Bild der Frau*).

Until this hearing, I honestly hadn't realised where the music is played in the German print market, which is the cash cow of these companies, a pearl of the journalistic guild, for which we love and respect the freedom of the press: It is the "pharmacy customer magazines" (In German, that is of course one word with nine syllables. Judge Breiler: "Excuse me, but that word is a real tongue twister.") When I wanted to study this segment in more detail after the hearing at the Higher Regional Court, I discovered that the pharmacies in Düsseldorf were on strike that Wednesday, so my market research had to be cancelled for the time being. The next day, I learnt that pharmacies have their own shelf with free magazines, information brochures and flyers, which I had previously ignored, and which really doesn't have

¹²⁶ <https://www.cnn.com/2023/11/14/google-pays-apple-36percent-of-safari-search-revenue-sundar-pichai.html> (accessed 24.11.2023).

¹²⁷ <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/bilanz-hubertburdamedia-rechnet-2023-mit-weitgehend-stabilem-umsatz-211667> (accessed 24.11.2023).

¹²⁸ <https://www.bdzt.de/alle-themen/marktdaten/zur-wirtschaftlichen-lage-der-deutschen-zeitungen-2023> (accessed 24.11.2023).

to hide behind the shelf with comfrey root fluid extracts.

His flame is called Karina

Germans learn to love pharmacy magazines at young age when they start reading *medizini*, a kids' journal. The lovely posters of young animals covered the walls of all classrooms when I went to school. (*Medizini* is still around today, and the November issue features a very cute ibex!) *Medizini* is part of *Apotheken Umschau* (Verlag Wort & Bild), the magazine for which the Bundeskartellamt claims a circulation of 7.4 million and which is the market leader in this segment with 69 % of advertising revenues. As an editor of "Wirtschaft und Wettbewerb" (WuW), a journal that – in my view – is not too bad either, I am more or less a specialist in this field and I am green with envy! The number of editors listed in the masthead of *Apotheken Umschau* (I stopped counting at 50) exceeds that of WuW (3 in a very generous counting) many times over. Perhaps WuW should also feed young readers with cute animal posters and give seasoned readers an interview with aging entertainment stars like German TV legend Thomas Gottschalk? (Gottschalk is dating a controller named Karina from Baden-Baden who dragged him to a singing shaman, even though he doesn't believe "in all this fumigation and yoga wisdom"! That's what I learned from my market study!)

Health additives and/or mail order business

Companies that apparently have few alternative options advertise in this environment of high-quality editorial content. The Bundeskartellamt's decision on the definition of advertising markets states:

"The Bundeskartellamt's investigations in the present case and in the more recent proceedings of the last four years confirm that, from the advertisers' point of view, there is no interchangeability between the different media types. However, the investigations have certainly shown that the customers surveyed book different types of media (...)." (para. 148)

There is also no single print advertising market. A distinction is made between newspapers and magazines.

In the relevant segment of general-interest magazines, the agency states that

"The investigations have shown that there are clusters of advertising customers with regard to advertising priorities in various magazine categories. It can be seen that advertisers from the "health additives" and/or "mail order" sectors are particularly relevant customer groups in the categories of TV programme guides, TV supplements, yellow press and pharmacy magazines (b). The net CPMs [cost per thousand] of these magazine categories at least do not require allocation to different markets (c); the four magazine categories are also sufficiently interchangeable from the customer's point of view (d), so that the assumption of a uniform advertising market is justified. The limited flexibility in switching offers also does not justify a further delimitation of the relevant market (e)." (para. 203)

This means that anyone who wants to advertise chewable tablets for cold sores or ginkgo pills for memory loss is unlikely to do so in SPIEGEL which is not read by the elderly ladies to be addressed here [I am quoting from the hearing.] But will certainly choose between *FreizeitRevue* (yellow press), *myLife* (pharmacy customer magazine) or *FunkUhr* (TV magazine). This market definition (too narrow, according to the parties to the merger; too broad, according to the competition) results in BCN's market leadership.

No prohibition

This is a case with considerable risks and side effects. This becomes clear when reading the summarising assessment of the agency:

"The relevant advertising market is oligopolistic (aa), but not without competition (bb). Although potential competition hardly plays a role (cc) and the market is not monopolistic (dd), BCN will become the market leader as a result of the merger, but without achieving a dominant position on a single market (ee). Likewise, despite the fulfilment of the statutory presumption thresholds, no creation of a collective dominant position is to be expected (ff). The examination of unilateral, horizontal effects beyond market dominance (the so-called "SIEC" test) revealed indications of the risk of a significant impediment to effective competition. As

a result, however, this risk did not manifest itself sufficiently clearly after the investigations carried out (gg).” (para. 307)

An oligopoly, a new market leader, indications for a risk – and yet no prohibition. No wonder Bauer is fighting. The arrow diagram in para. 255 of the official decision becomes the centrepiece of the 54 minutes before the Cartel Senate. It visualises which “chains of substitution” are at work. Chains of substitution, dear students, exist if product A and product C are no substitutes, but both are substitutes with product B. Then the possibility of substitution via B can lead to all three products being allocated to the same product market (see para. 57 of the 1997 Guidelines on market definition). This is also the Bundeskartellamt’s view here: Pharmacy customer magazines have a certain substitution with the yellow press, which in turn has a certain substitution effect on TV magazines, it makes a chain. Irene Sewczyk, the head of the decision-making division, once again explains very clearly how these chains came about. Somewhere, she says, you have to make the cut, of course. Yes. Market definition is not just empirical, but also has a grain of normative judgement in it.

No complaint

The Senate states that there is much to suggest that this is not objectionable and that nothing significant has been overlooked. The aspects mentioned by the agency also argue against the market shares being too problematic here. There is no gap case for the SIEC test; this can only be considered if there is an oligopolistic structure and there are non-coordinated effects.

The Heinrich Bauer publishing house sees things differently, as lawyer Steinvorth (who came with associate Jan-Hendrik Fitzl) explains with the necessary urgency. In his comments on the SIEC test, Ludger Breuer from the Bundeskartellamt’s litigation department also gently hints that the Senate could perhaps adjust its wording. The SIEC test is still a “delicate plant”, Breuer says. Incidentally, it seems to me in this hearing that Breuer is following in the footsteps of his superior Jörg Nothdurft, the Office’s star pleader, in terms of eloquence, speed of speech and a fine touch of irony.

Done

Only once does Breuer slip up when he talks about “forced labour” that could be imposed on the Bundeskartellamt. Of course, this is far from the minds of both the court and any well-meaning observer who knows how hard the officials in Bonn are working (and what the connotations of the German word “Zwangsarbeit” are). The background is as follows: the plaintiff had not only challenged the clearance decision and demanded that the merger application be prohibited or in any case reconsidered, but Bauer had also asked for action against a separate marketing agreement. This agreement is subject to scrutiny under Art. 101 TFEU. According to the plaintiff, the officials should be obliged to prohibit it – even though they enjoy discretionary powers. According to Breuer, this would have been “forced labour”. The indignant undertone is very audible in his voice. After all, the plaintiff could go to court by way of private enforcement and obtain an injunction against this marketing agreement. Breuer is probably right that there is no basis for such a claim to force the Bundeskartellamt to look into a matter. The Court has repeatedly rejected similar requests.

After the cartel office team, Donata Beck is allowed to speak briefly on behalf of BCN. She sees “immense substitutive movements” at work and rubs it in to Bauer that the company itself is part of a similar marketing cooperation and is the market leader here and there anyway. After her brief remarks (the chairman had already taken a critical look at the clock on the wall), she didn’t even have to touch the large blue and white bottle of water in front of her. The BCN team with in-house counsellors Maximilian Preisser (Burda) and Carsten Bronny and Eva Heneweier (Funke) can sit back and relax. Gerald Mai and Christoph Vaske, their colleagues from Heinrich-Bauer-Verlag, did not land a scoop for their papers today.

The Senate whispers briefly, then the date of the announcement is set for 6 December 2023. You can guess how that will turn out. After Judge Breiler has closed the hearing on BCN, the lawyers shake hands and switch on their mobiles again. In their inboxes they find a new media release by the Bundeskartellamt: The

cooperation between OpenAI and Microsoft is not a case for German merger control.¹²⁹

Disclaimer: I had to present the trial here in a condensed version.

Johannes Weichbrodt, Düsseldorf

Conference Debriefing (40): Studienvereinigung Kartellrecht Arbeitssitzung 2023

Dr. Johannes Weichbrodt LL.M. (King's College London) ist Rechtsanwalt und Partner bei Mayer Brown, Düsseldorf.

Kontakt: jweichbrodt@mayerbrown.com

Zitiervorschlag: *Weichbrodt, DKartJ 2023, 112*

Am 7. Dezember 2023 fand in Bonn die alljährliche Arbeitstagung der Studienvereinigung Kartellrecht statt. Auch dieses Jahr ging es wieder um die großen und kleinen Probleme des Wettbewerbsrechts, um Rückblicke und Reformen, aber auch um Landleibe und Lokalpresse.

Rechtsanwalt Johannes Weichbrodt berichtet.

Traditionen gehören zu Weihnachten wie der Stern auf der Tanne. Verlässlich kommt dann die Familie zum Fest zusammen. Das Essen ist wie immer, auch wenn einem einzelnen Jungspund, der nach jüngst erfolgreichem Berufseinstieg offenbar neben Meilen auch Parker-Punkte zu sammeln gedenkt, der Wein nicht mundet („Mit sowas würde sich meine Haushaltshilfe nicht mal die Zähne putzen.“). Der Onkel darf in großer Runde wieder etwas sagen, das nicht wirklich so richtig zum Thema passt. Und die selbsternannte Jugend im mittleren Alter reist insgeheim vor allem deshalb an, um am Vorabend mit Freunden von früher an der Bar über Zeiten zu sinnieren, in denen sie noch wirklich jung waren. Am Festtag dann lauscht man

der Jahresrevue des Familienoberhaupts, um sich anschließend vor weihnachtlich-krallroter Deko im angeregten Diskurs der eigenen intellektuellen Großartigkeit zu versichern. Ein wunderbares Fest – mit frappierender Ähnlichkeit zur alljährlichen Zusammenkunft der Kartellrechtsfamilie:

Mein Bier, dein Bier

Vorhang auf für die Jahrestagung der Studienvereinigung Kartellrecht (StudV) in Bonn. Eröffnet wurde die Sitzung mit einer sogenannten *Townhall*, zu der sich um 8:30 Uhr nur eine Handvoll Hardcores eingefunden hatten. Den Regionalvertretern der StudV wurde pflichtschuldig für ihre Dienste gedankt, worauf sie für weitere zwei Jahre ohne Wahl im Amt bestätigt wurden. Der kartellrechtliche Frühling¹³⁰ hat den demokratischen Wind offenbar noch nicht bis auf die unteren Führungsebenen geweht – aber *bekannt und bewährt* ist ja nicht nur im Verwaltungsrecht ein schöner Grundsatz. Dem zu dieser unchristlichen Stunde ebenfalls unentschuldig noch nicht anwesenden Autor wurde aus informierten Kreisen als einzige Wortmeldung gemeldet, jemand habe gebeten, dass nächstes Jahr dafür Sorge getragen werden möge, dass die Bar am Vorabend (s.o.) nicht bereits um 22:30 schließt. Dann muss auch niemand darüber fachsimpeln, ob

¹²⁹

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/15_11_2023_Microsoft_OpenAi.html (accessed 24.11.2023).

¹³⁰ <https://www.d-kart.de/en/blog/2018/12/12/breaking-news-demokratischer-aufbruch-bei-der-studienvereinigung/>.

eiskaltes Thekenbier mit mäßig gekühltem Kölsch von der Rezeption austauschbar ist.

Nach kurzer Begrüßung durch den Vorsitzenden Ingo Brinker spielte dann der Main Act des Tages, Bundeskartellamtspräsident Andreas Mundt, wie erwartet vor vollem Haus sein diesjähriges Best Of-Album aka „Jahresbilanzpressekonferenz„. Erstaunlich, wie es diesem Mann gelingt, ein 74 Seiten starkes Manuskript der Grundsatzabteilung in knapp einer Stunde unter das kartellrechtliche Volk zu bringen.

Greatest Hits of 2023

Zunächst warf er einen Blick zurück auf das vergangene Jahr und die Praxis des Amtes in schwierigen weltpolitischen Zeiten. In allen Bereichen sei die Bonner Behörde sehr aktiv gewesen. Beispiel Kartellbekämpfung: man habe für Wettbewerb bei der Wartung von Radpanzern¹³¹ gesorgt (wichtig – siehe „schwierige weltpolitische Zeiten“). Beispiel Marktmissbrauch: Einleitung eines Verfahrens gegen einen namhaften Brausehersteller¹³² (fuzetea et al.). Beispiel Zusammenschlusskontrolle: Theo macht jetzt Landliebe.¹³³ In diesem Zusammenhang war zu erfahren, dass es in der Beschlussabteilung Milchreis-Aficionados mit so klarer Markenbindung gebe, dass sie beinahe einen eigenen Markt für Landliebemilchreis definiert hätten. Ähnlich leidenschaftliche Marktdefinitionsdiskussionen habe es laut Mundt zuletzt beim berühmten Harzer Käser gegeben¹³⁴ (Fun-Fact: 0,6% der deutschen Haushalte waren 2008 „exklusive Verwender von Sauermilchkäse“ – war das damals eine Brigitte-Diät?).

Die 11. Geige

Das Amt habe „nicht nach der Novelle gerufen“ sagte Mundt. So fühlt sich das wohl an, wenn man (kurz vor)

Weihnachten statt der Carrera-Bahn eine Geige bekommt, die man jetzt bitte spielen möge. Insbesondere das neue Instrument des § 32f GWB (Maßnahmen nach Sektoruntersuchung) steht im Mittelpunkt der am 7. November 2023 in Kraft getretenen 11. GWB-Novelle. Die Regelung besagt, dass das Bundeskartellamt auch *ohne* einen Verstoß gegen Kartellrecht feststellen zu können, Maßnahmen (bis hin zur Entflechtung) gegen Unternehmen treffen darf. Das kann man sich in etwa so vorstellen, als beschlagnahmte die Polizei ein Fahrrad nicht deshalb, weil der Radler über Rot gefahren ist, sondern einfach, weil der verdammt nochmal so aussieht, wie einer, der ständig über Rot fährt.

Präsident Mundt machte allerdings nicht den Eindruck, als sehe er das Amt bald allzu viel auf dieser Geige fiedeln. Dazu fehle schlicht das Personal: 20 neue Stellen habe man beantragt, keine habe man bekommen, es fehlten mindestens 10% der Planstellen. Ähnliche Sorgen hatte er auch schon im Juni dem Bundestag in diesem Zusammenhang gemeldet. Welche Märkte könnte man sich angesichts der knappen Ressourcen da genauer ansehen? Paketdienste, die Veranstaltungsbranche, auch regulierte Märkte.

Nach der Novelle ist vor der Novelle

Dann gab der Präsident einen Ausblick auf die 12. GWB-Novelle, deren Konsultationsverfahren einen Tag vor Inkrafttreten der 11. Novelle begann, insbesondere auf die Nachhaltigkeitsthemen und den Verbraucherschutz. Das Amt nimmt zur Kenntnis, dass sich das BMWK nachhaltigen Wettbewerb auf die Fahnen geschrieben hat und auch die neuen Horizontalleitlinien der EU-Kommission ESG-Kooperationen adressieren. Beim Thema Verbraucherschutz, der durch die Novelle gestärkt werden soll, erzählte Herr Mundt von seiner kafkaesken, mehrtägigen Telefon-Odyssee, um einen Flug zu stornieren, die ihn über verschiedene

¹³¹ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/13_03_2023_Panzer.html (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³² https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/14_11_2023_Cola.html (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³³ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/22_02_2023_UTM_RFC.html (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³⁴ <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2008/B2-359-07.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

Callcenter bis nach Phoenix, Arizona, geführt habe. Auf dem Portal könne man alles machen – nur nicht stornieren. Diese Story wird einige daran erinnert haben, wie Herr Mundt mal ein Hotelzimmer nicht zu einem günstigeren Preis vor Ort verlängern konnte als auf einer Buchungsplattform. Der Rest ist (Kartellrechts-) Geschichte.¹³⁵ Flugbuchungsportalbetreibern darf wohl geraten sein, sich schonmal nach geeignetem Rechtsbeistand umzusehen.

Die Pläne, die Aufgreifschwelen für die Zusammenschlusskontrolle weiterabzusenken, heißt das Amt nicht gut. Letztes Jahr habe das Amt weniger als 800 Anmeldungen geprüft, ein Rückgang von 40%. Eine weitere Absenkung sei keine Entlastung für den Mittelstand, sondern spiele nur den Großen in die Karten. (*Puhhh* – ein Stoßseufzer der Erleichterung ging durch den Saal voller Menschen, die ihren Wein (s.o.) u.a. mit dem Schreiben von Zusammenschlusskontrollanmeldungen verdienen).

Digital Cartel Busters

Dann streifte der Präsident in seiner kurzweiligen Rede noch eine Reihe weiterer Themen, die immer gehen: Deutsche Bahn („*Nein, die Bahn wird nicht zerschlagen, auch wenn die Bild¹³⁶ das sagt, aber ein bisschen mehr Wettbewerb wäre schön.*“); dieses Internet, von dem jetzt alle reden (Apple, Amazon, und Google – Verfahren anhängig) und – natürlich – Digitalisierung. So hätten 50% der Kollegen auf eAkte umgestellt (werden Bonner Aktenwagen bald eBay als „Vintage Barwagen“ fluten?). IT-basiertes Marktscreening scheint das Ding der Stunde zu sein. Leider wollte sich der oberste Kartellverfolger auch auf Nachfrage nicht in seine digitale Trickkiste schauen lassen. Die Behörde braucht zusehends solche ominösen High-Tech Tools wie aus der Requisite von *Minority Report* auch deshalb, weil Kronzeugenanträge weiter abnehmen (2023

waren es immerhin 14): Nur noch weniger als 50 % der Verfahren gehen auf sie zurück.

Abschließend berichtete Herr Mundt kurz vom *International Competition Network*, als dessen Vorsitzender er im Amt abermals bestätigt wurde (er versichert „zum letzten Mal“, aber das sagen Präsidenten ja oft). Dort werden derzeit so diverse Themen wie Competition & Agriculture/Food¹³⁷ (Federführung Kenia) und AI besprochen. Letzteres sei auch gerade drei Tage lang beim Treffen der Wettbewerbsrechts-Arbeitsgruppe der G7 in Tokyo Thema gewesen¹³⁸ (u.a. der Microsoft/OpenAI Deal). An dieser Stelle blickte womöglich der Partner, der am Vorabend noch tiefbesorgt berichtet hatte, sein HON-Circle Status stehe auf der Kippe („Corona-Nachwehen“), neidisch zum Podium hoch. Der Mundt, der kommt echt noch rum.

SIECen und Verlieren

Im Anschluss an Herrn Mundt durfte Thomas Wessely (Freshfields) erläutern, warum er im Verfahren *CK Telecoms* zu Unrecht „mit wehenden Fahnen untergegangen“ (Eigenwerbung) sei. Der Fall war ein klassischer 4-3 Merger im Bereich Mobilfunk. Im Kern ging es um die Frage, ob durch den Zusammenschluss ein *Significant Impediment of Effective Competition* (SIEC) begründet würde. Herr Wessely wies auf eine Reihe von Unzulänglichkeiten in der Beweisführung und Argumentation von Kommission und EuGH hin. Letztlich drohe mit der aktuellen Rechtsprechung eine völlige Konturlosigkeit des SIEC-Tests. Teil des SIEC-Tests ist, ob durch den Zusammenschluss eine „wichtige Wettbewerbskraft“ wegfällt. Mit der EuGH-Rechtsprechung ist nun nicht mehr erforderlich, dass sich die wichtige Wettbewerbskraft von anderen Wettbewerbern abhebt¹³⁹. Damit sei also eine „wichtige Wettbewerbskraft“ nicht mehr nur der nächste oder übernächste Wettbewerber, sondern in der Tat sogar auch

¹³⁵ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2020/28_08_2020_Booking.html (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³⁶ <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/kartell-amt-fordert-deutsche-bahn-muss-zerschlagen-werden-86257748.bild.html> (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³⁷ Podszun, DKartJ 2023, 81-86.

¹³⁸ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7_2023_Communique.pdf (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

¹³⁹

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275381&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3500975b> (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

der entfernteste Wettbewerber. Es sei darüber hinaus ausreichend, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung nur „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ sei – was angesichts der erheblichen Eingriffsintensität problematisch sei, so Wessely.

Linda Gratz (E.CA Economics) ergänzte die Ausführungen in ihrem Vortrag aus ökonomischer Sicht, insbesondere hinsichtlich der mangelnden Berücksichtigung von ganz erheblichen Effizienzen durch die Kommission, die der Zusammenschluss gebracht hätte. Dem hielt Prof. Daniel Zimmer (Uni Bonn) entgegen, dass zweifelhaft sei, ob Fixkostensparnisse an die Verbraucher weitergegeben würden.

Wenig überraschend begrüßte Silke Hossenfelder vom Bundeskartellamt die Entscheidung; das EuG habe den SIEC-Test unanwendbar gemacht. Das habe der EuGH geradegerückt. Im Oligopol seien nun mal alle Wettbewerber wichtig. Böte sich da der Einfachheit halber nicht an, GWB und FKVO entsprechend zu ergänzen: „Zusammenschlüsse in Märkten mit weniger als fünf Anbietern sind verboten.“?

Schiri, wir wissen, wo dein Urteil vollstreckt wird

Der für viele im Saal etwas missliche Rückgang von Zusammenschlusskontrollverfahren (s.o.) lässt neue Betätigungsfelder attraktiv erscheinen – zum Beispiel als kartellrechtliche *hired gun* in internationalen oder nationalen Schiedsverfahren. Denn wie Stefan Ohlhoff (WilmerHale) in seinem Vortrag prägnant darstellte, wird die kartellrechtliche Beratung vor Schiedsgerichten nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Basaltsteinbruch-Entscheidung immer wichtiger.¹⁴⁰ Dabei stellen sich eine Reihe interessanter Rechtsfragen, beispielsweise ob jeder Verstoß gegen deutsches Kartellrecht zugleich einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellt (ne, nur die dicken Dinger) und wie sich eine weitreichende Überprüfung durch ordentliche Gerichte mit dem Verbot der *revision au fond* verträgt

(nur die dicken Dinger). Schließlich droht ein positiver Schiedsspruch wertlos (aber keinesfalls kostenlos) zu werden, wenn er nicht vollstreckt werden kann. Dieses relevante Risiko ist bereits im nationalen und internationalen Schiedsverfahren zu berücksichtigen. Denn entscheidend ist was hinten, also ganz hinten (bei der Vollstreckung) rauskommt. Der Vorsitzende Richter am BGH Prof. Wolfgang Kirchhoff unterstrich die Wichtigkeit des Kartellrechts im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit noch einmal. und Dazu herrsche im BGH mittlerweile Einigkeit („da passt kein Blatt zwischen die Senate“). Das dürfte für die Anwesenden aus Wissenschaft (aka *expert witnesses*) und Anwaltschaft gleichermaßen eine gute Nachricht gewesen sein.

Rascheln im kartellrechtlichen Blätterwald

Zum Abschluss gab Donata Beck (Oppenländer) einen Überblick die neuesten Entscheidungen im Bereich der Pressefusionen – just am Tag zuvor hatte das OLG Düsseldorf die Kartellamtsfreigabe der Kooperation von BCN und Funke bestätigt.¹⁴¹ „Zurückhaltend, kritisch, fokussiert“ sei die Praxis des Amtes in diesem Bereich. Wegen der besonderen Bedeutung des Pressewesens für die demokratische Willensbildung sind die Aufgreifschwelen in diesem Bereich wesentlich niedriger. Hier handelt es sich bekanntlich um klassische zweiseitige Märkte (Leser / Anzeigen) und auf beiden Seiten ist die Bestimmung der relevanten Märkte nicht ganz einfach. Sind etwa Print- und online-Ausgaben derselben Zeitung demselben Markt zuzurechnen? Tatsächlich grenzt das Amt sehr kleinteilig ab. Der Berichterstatter aus dem Bundeskartellamt bestätigte, dass man wegen der Wichtigkeit einer vielfältigen Presselandschaft genau hinsehe, gerade um auf kommunaler Ebene eine linientreue Haus- und Hofberichterstattung zu verhindern. Allerdings wäre es angesichts der wirtschaftlichen Nöte¹⁴², in denen sich gerade regionale oder lokale Printmedien befinden, sicherlich sinnvoll, Kooperationen sowohl im redaktionellen als auch im Vermarktungsbereich offener

¹⁴⁰ BGH, 27.9.2022, KZB 75/21, WuW 2023, 108.

¹⁴¹ Podszun, DKartJ 2023, 102-107.

¹⁴² <https://www.sueddeutsche.de/medien/zeitungen-zustellung-magazine-deutschland-eingestellt-print-1.6306535?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 04.01.2024).

gegenüberzustehen. Konsolidierungen seien unvermeidbar, gerade auf der lokalen Ebene, so Frau Beck.

Am Ende ergriff noch einmal Ingo Brinker das Wort und verabschiedete alle in eine entspannte Vorweihnachtszeit. Wie immer war es ein rundum erfüllender Tag der Diskurse und Denkanstöße mit einer gehörigen Portion geradezu familiärer Verbundenheit zwischen denen, die dem Kartellrecht verbunden sind.

Johannes Weichbrodt, Düsseldorf

Conference Debriefing (40): Studienvereinigung Working Session 2023

Dr. Johannes Weichbrodt, LL.M. (King's College London) is a lawyer and partner at Mayer Brown, Düsseldorf.

contact: jweichbrodt@mayerbrown.com

suggested citation: *Weichbrodt, DKartJ* 2023, 116

The annual conference of the Studienvereinigung Kartellrecht took place in Bonn on 7 December 2023. Once again this year, the focus was on the major and minor problems of competition law, on looking back and looking forward, but also on the love of the local press – and very specific tastes in the Bundeskartellamt. Johannes Weichbrodt reports.

Traditions are as much a part of Christmas as the star on the fir tree. The family always comes together for the festive season. The food is the same as always, even if the wine is not to the liking of a single youngster who, having recently started his career, is obviously looking to collect Parker points as well as miles (*“My cleaning lady wouldn’t even brush her teeth with something like this.”*). The “uncle” is once again allowed to say something in a large group that doesn’t really fit

the topic. And the self-proclaimed middle-aged youth secretly travelled to the event to spend the evening before at the bar with friends from the past, reminiscing about times when they were still really young. On the day of the party, they listen to the annual review by the head of the family, and then engage in animated discourse about their own intellectual splendour in front of bright red Christmas decorations. A wonderful celebration – with somewhat stark resemblance to the yearly meeting of the German-speaking Antitrust Family:

The Bar at the Bar

Curtain up for the annual conference of the Studienvereinigung Kartellrecht (StudV), the association of the German antitrust bar, in Bonn. The meeting opened with a *town hall*, to which only a handful of hardcores had turned up at 8.30 am. The regional representatives of the StudV were dutifully thanked for their services, whereupon they were confirmed in office for a further two years without election. The springtime of cartel law has evidently not yet blown the democratic wind down to the lower

management levels¹⁴³ – but *known and proven* is a fine principle not only in administrative law. The author, who was also absent with no excuse at this hour, was told by informed sources that the only comment was that someone had asked that next year it be ensured that the bar does not close at 22:30 the evening before (see above). Then nobody has to talk shop about the interchangeability of ice-cold beer from the bar with moderately chilled Kölsch from the reception.

After a brief welcome by Chairman Ingo Brinker, the main act of the day, Federal Cartel Office President Andreas Mundt, played his annual best-of album aka “*Annual Press Conference*” in front of a full house, as expected. It’s amazing how this man manages to get a 74-page manuscript from the Policy Department across to the competition law people in just under an hour.

Greatest Hits of 2023

He began by taking a look back at the past year and the work of the *Amt* in difficult global political times. The Bonn authority had been very active in all areas. For example, combating cartels: competition in the maintenance of wheeled armoured vehicles was ensured¹⁴⁴ (important – see “difficult global political times”). Example of abuse of market power: proceedings were initiated against a well-known manufacturer of fizzy drinks¹⁴⁵ (fuzetea et al.). Example of merger control: *Theo now makes Landliebe*.¹⁴⁶ In this context, it was reported that there were rice pudding aficionados in the Decision Division with such clear brand loyalty that they had almost defined a separate market for rice pudding of Landliebe, the target company. According to Mundt, the last time there were similarly passionate discussions about market definition was with the famous Harz cheese maker¹⁴⁷ (fun fact: 0.6% of

German households were “*exclusive* users of sour milk cheese” in 2008 – was that a fancy diet back then?)

The 11th violin

The office had “not called for the amendment” of the German competition act ARC, said Mundt. I guess that’s what it feels like when you get a violin instead of a Carrera track (just before) Christmas, which you are now asked to play. In particular, the new instrument of Section 32f ARC (measures following a sector enquiry) is the focus of the 11th amendment to the ARC, which came into force on 7 November 2023. The provision states that the Federal Cartel Office may take measures (up to and including unbundling) against companies even *without* being able to establish a breach of competition law. You can imagine this as if the police confiscated a bicycle not because the cyclist was jaywalking, but simply because he looks like someone who is always jaywalking.

However, President Mundt did not give the impression that he sees the office playing this fiddle too often soon. He says there is a lack of staff: 20 new posts had been applied for, none had been created and at least 10% of the posts are currently vacant. He had already reported similar concerns to the Bundestag in June. In view of the scarce resources, which markets could be looked at more closely? Parcel services, the event industry and regulated markets.

After the amendment is before the amendment

The President then gave an outlook on the 12th amendment to the ARC, the consultation process for which began one day before the 11th amendment came into

¹⁴³ <https://www.d-kart.de/en/blog/2018/12/12/breaking-news-demokratischer-aufbruch-bei-der-studienvereinigung/>.

¹⁴⁴

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/13_03_2023_Panzer.html;jsessionid=4415072298953DA8567563F3EB2ABAA4.1_cid380?nn=3591568 (accessed 04.01.2024).

¹⁴⁵

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN>

/Pressemitteilungen/2023/14_11_2023_Cola.html?nn=3591568 (accessed 04.01.2024)

¹⁴⁶

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/22_02_2023_UTM_RFC.html (accessed 04.01.2024)

¹⁴⁷ <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2008/B2-359-07.pdf> (accessed 04.01.2024).

force, in particular on sustainability issues and consumer protection. The Bundeskartellamt notes that the Ministry has made sustainable competition a priority and that the EU Commission's new horizontal guidelines also address ESG cooperation. On the subject of consumer protection, which is to be strengthened by the amendment, Mr Mundt told of his Kafkaesque, multi-day telephone odyssey to cancel a flight, which led him via various call centres all the way to Phoenix, Arizona. You can do anything on the portal – just not cancel. This story will have reminded some people of how Mr Mundt was once unable to extend a hotel room at a cheaper price on site than on a booking platform. The rest is (antitrust) history.¹⁴⁸ Flight booking portal operators may well be advised to look around for suitable legal advice.

The *Amt* does not approve of the plans to further lower the thresholds for merger control. Last year, the office examined fewer than 800 notifications, a decrease of 40%. A further reduction would not relieve the burden on SMEs, but would only play into the hands of the big players. (*Phew* – a sigh of relief went through the room full of people who earn their wine (see above) by writing merger control notifications, among other things).

Digital Cartel Busters

In his entertaining speech, the President then touched on a number of other topics that always go down well: Deutsche Bahn (*"No, the railway won't be broken up, even if Bild says so, but a bit more competition would be nice."*)¹⁴⁹; this Internet that everyone is now talking about (Apple, Amazon, and Google – proceedings pending) and – of course – digitalisation. For example, 50% of colleagues have switched to eFiles (will Bonn file trolleys soon be flooding eBay as "vintage bar trolleys"?). IT-based market screening seems to be the thing of the hour. Unfortunately, even when asked, the

top cartel prosecutor refused to let us look into his digital bag of tricks. The authority increasingly needs such ominous high-tech tools like those from the *Minority Report* prop, partly because leniency applications continue to decline: Only less than 50% of proceedings are still based on them (in 2023 there were 14 cases).

Finally, Mr Mundt reported briefly on the *International Competition Network*, for which he was once again confirmed as Chairman (he assured us that this was "the last time", but presidents often say that). There, they discuss diverse topics such as Competition & Agriculture/Food (led by Kenya) and AI.¹⁵⁰ The latter had also just been discussed for three days at the meeting of the G7 competition law working group in Tokyo (including the Microsoft/OpenAI deal).¹⁵¹ At this point, the partner who had reported with deep concern the previous evening that his HON Circle status with Lufthansa was on the brink ("corona repercussions") probably looked up enviously at the podium. This Mundt guy, he really gets around.

SIECing and losing

Following Mr Mundt, Thomas Wessely (Freshfields) had the opportunity to explain why he had wrongly gone down fighting (as he self-promoted it) in the *CK Telecoms* proceedings. The case was a classic 4-3 merger in the mobile telephony sector. In essence, the question was whether the merger would create a *Significant Impediment of Effective Competition* (SIEC). Mr Wessely pointed out a number of shortcomings in the Commission's and ECJ's evidence and reasoning. Ultimately, the current case law threatens to render the SIEC test completely without limits. Part of the SIEC test is whether the merger eliminates an "important competitive force". With the ECJ case law, it is no longer necessary for the important competitive force to stand out from other competitors.¹⁵² This means that

¹⁴⁸

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/28_08_2020_Booking.html?nn=3591568 (accessed 04.01.2024).

¹⁴⁹ <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/kartellamt-fordert-deutsche-bahn-muss-zerschlagen-werden-86257748.bild.html> (accessed 04.01.2024).

¹⁵⁰ Podszun, DKartJ 2023, 81-86.

¹⁵¹ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7_2023_Communique.pdf (accessed 04.01.2024).

¹⁵² <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=DOC&pageIndex=0&docid=275381&part=1&doclang=DE&text=&dir=&occ=first&id=12663273> (accessed 04.01.2024).

an “important competitive force” is no longer only the nearest or second nearest competitor, but in fact even the most distant competitor. Furthermore, it is sufficient if a restriction of competition is only “more likely than unlikely” – which is problematic in view of the considerable intensity of the intervention, according to Wessely.

Linda Gratz (E.CA Economics) added to the comments in her presentation from an economic perspective, in particular with regard to the Commission’s failure to take into account the very significant efficiencies that the merger would have brought. In response, Professor Daniel Zimmer (University of Bonn) argued that it was doubtful whether fixed cost savings would be passed on to consumers.

Unsurprisingly, Silke Hossenfelder from the Bundeskartellamt welcomed the decision; the General Court’s decision had made the SIEC test inapplicable. The ECJ has set the record straight. In an oligopoly, all competitors are important. For the sake of simplicity, wouldn’t it make sense then to amend the ARC and the EUMR accordingly: “*Mergers in markets with fewer than five suppliers are prohibited.*”?

Award season

The somewhat unfortunate decline in merger control proceedings for many in the room (see above) makes new fields of activity appear attractive – for example as an antitrust *hired gun* in international or national arbitration. As Stefan Ohlhoff (WilmerHale) succinctly pointed out in his presentation, competition law advice before arbitration tribunals is becoming increasingly important, not least against the background of the Basalt Quarry decision.¹⁵³ This raises a number of interesting legal questions, such as whether every violation of German competition law also constitutes a violation of the *ordre public* (no, just the big ones) and how a far-reaching review by ordinary courts is compatible with the prohibition of *revision au fond* (just the big ones). Finally, a favourable arbitral award risks becoming

worthless (but by no means free) if it cannot be enforced. This relevant risk must already be taken into account in national and international arbitration proceedings. The decisive factor is what comes out at the end, i.e. at the very end (during enforcement). The presiding judge at the German Federal Supreme Court (BGH), Prof. Wolfgang Kirchhoff, once again emphasised the importance of antitrust law in the context of arbitration. There is now a consensus on this at the BGH (“no leaf fits between the senates”). This should have been good news for those present from academia (aka expert witnesses) and the legal profession alike.

Rustling in the paper jungle

Finally, Donata Beck (Oppenländer) gave an overview of the latest decisions in the area of press mergers – just the day before, the Higher Regional Court of Düsseldorf (OLG) had confirmed the Bundeskartellamt’s approval of the co-operation between BCN and Funke.¹⁵⁴ “Cautious, critical, focussed” is the practice of the Bundeskartellamt in this area, Beck said. Due to the particular importance of the press for democratic decision-making, the thresholds for taking action in this area are considerably lower. As is well known, these are classic two-sided markets (readers / ads) and it is not easy to determine the relevant markets on both sides. For example, do print and online editions of the same newspaper belong to the same market? In fact, the Bundeskartellamt makes very detailed distinctions. The rapporteur from the Office confirmed that the importance of a diverse press landscape meant that they were looking very closely, not least to prevent obsequious journalism at the local level. However, in view of the economic difficulties faced by regional and local print media in particular, it would certainly make sense to be more open to co-operations in both the editorial and marketing areas.¹⁵⁵ Consolidation is unavoidable, especially at the local level, according to Ms Beck.

¹⁵³ Bundesgerichtshof, 27.9.2022, KZB 75/21, WuW 2023, 108.

¹⁵⁴ Podszun, DKartJ 2023, 107-112.

¹⁵⁵ <https://www.sueddeutsche.de/medien/zeitungen-zustellung-magazine-deutschland-eingestellt-print-1.6306535?reduced=true> (accessed 04.01.2024).

At the end, Ingo Brinker took the floor once again and bid everyone farewell in a relaxed pre-Christmas period. As always, it was a fulfilling day of discourse and food for thought with a good portion of almost familial solidarity between those connected to competition law.