

*Werner Berg, Gerald Mäsch* (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht – Kommentar, 4. Auflage, 2609 S. + XXXV, Hürth 2022

Der Berg/Mäsch ist längst ein Standardwerk der deutschsprachigen Kartellrechtsliteratur geworden. Der Kommentar liegt nun in vierter Auflage vor, und der Umfang hat sich seit der letzten Auflage wiederum deutlich vergrößert, was angesichts der spektakulären Entwicklungen des Fachgebiets seit der Voraufgabe aus dem Jahr 2018 nicht verwundert. Wie bereits aus dem Profil der beiden Herausgeber deutlich wird, stammt die Autorenschaft überwiegend aus Anwaltschaft und Akademie. Eine Ausnahme betrifft die EU-Fusionskontrollverordnung, die von zwei Mitarbeitern der Europäischen Kommission kommentiert wird. Die Zusammensetzung sorgt für einen Blick auf das Wesentliche, ohne die konzeptionellen Grundlagen des Gebiets zu vernachlässigen.

Das Vorwort gibt einen ausgezeichneten Überblick über die wichtigsten Ereignisse der letzten Jahre. Die größte Herausforderung bestand sicherlich in der kurzfristigen Einarbeitung der umfangreichen 10. GWB-Novelle, die in Übereinstimmung mit ihrer offiziellen Kurzbezeichnung als "GWB-Digitalisierungsgesetz" zu verstehen ist, darüber hinaus aber auch zahlreiche andere Änderungen zu bieten hat. Dazu gehört auch die Umsetzung der ECN+-Richtlinie, die auf eine wirksamere Durchsetzung des Kartellrechts abzielt. Sehr zu begrüßen ist beispielsweise die Überführung der Kronzeugenregelung von einer bloßen Bekanntmachung des Bundeskartellamts in das GWB (§§ 81h – 81n). Die Verankerung in Texten ohne Außenrechtsqualität wird der großen Bedeutung des Kronzeugenprogramms nicht gerecht. Das EU-Kartellrecht, das hier lediglich eine Mitteilung der Europäischen Kommission bereithält, sollte dem folgen. Der Kommentar setzt erste Akzente für die Auslegung der neuen Vorschriften.

Herausgegriffen sei die aktuell meistdiskutierte Vorschrift der 10. GWB-Novelle, nämlich §19a GWB über das missbräuchliche Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb. Die Kommentierung bestimmt den Normzweck, nämlich das Anliegen, ein neues Instrument für die Bekämpfung bzw. Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen in digitalen Ökosystemen zu schaffen, und geht im Detail auf den Norminhalt ein. Wichtige Wegmarken werden gesetzt, die sich nicht unbedingt aus dem Wortlaut der Vorschrift ableiten lassen. So folgt zwar aus dem Verweis in § 19a Abs. 1 S. 1 auf § 18 Abs. 3a GWB, dass nur Unternehmen adressiert werden, die auf mehrseitigen Märkten oder in Netzwerken aktiv sind. Das könnten auch sehr traditionelle Märkte sein, z.B. die Printmedien, die mit den Leser- und den Anzeigemärkten immer schon Mehrseitigkeit kannten. Erst aus der Gesetzesbegründung folgt, dass eine restriktive Auslegung beabsichtigt ist, wonach ein Schwerpunkt der Unternehmensaktivitäten auf Digitalmärkten liegen muss. Die Kommentierung bringt diese und andere Präzisierungen auf den Punkt. Den grössten Raum nimmt zu Recht die Erläuterung der untersagungsfähigen Verhaltensweisen ein. Wichtige Leitplanken werden hier errichtet, was beispielsweise die Tatbestände der Selbstbevorzugung, der Behinderung durch digitale Ökosysteme, des wettbewerbswidrigen Verarbeitens wettbewerbsrelevanter Daten sowie der Interoperabilitäts- und Datenportabilitätsverweigerung betrifft. Die Kommentierung erläutert die Herkunft dieser Tatbestände aus traditionellen Kartellrechtsverfahren ebenso wie die Konkretisierung und Anreicherung durch Beispiele im Gesetzgebungsverfahren. Hierdurch wird plastisch, um welche Konstellationen es bei der neuen Missbrauchsaufsicht geht, und mit welchen Fällen zu

rechnen ist. Auch die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung erfährt die nötige Beachtung, wiederum mit Erläuterungen, die über den Wortlaut der Vorschrift weit hinausgehen, was beispielsweise die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast betrifft. Die Kommentierung weist auch auf die Probleme im Verhältnis von § 19a GWB zum Digital Markets Act (DMA) der EU hin. Da die Konturen des DMA bei Redaktionsschluss des Kommentars noch nicht feststanden, kann es sich naturgemäß nur um Tendenzbeschreibungen handeln, die aber sehr aufschlussreich sind. Auch das Verhältnis der neuen Plattformaufsicht zu den Missbrauchsverboten in den §§ 19, 20 GWB wird beleuchtet.

Soweit zur wichtigsten Gesetzesänderung. Was die vielen anderen Fortentwicklungen betrifft, so sollen im Folgenden zumindest einige Schlaglichter geworfen werden, wobei nach den drei Säulen des Kartellrechts geordnet wird. Was die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen betrifft, so stellt die Kommentierung zu § 1 GWB die wichtigen Änderungen vor, welche die 9. GWB-Novelle 2017 im Hinblick auf die Normadressateneigenschaft gebracht hat. Während früher nach dem Grundsatz der "Verbandsgeldbuße" lediglich diejenige juristische Person bebußt werden konnte, für welche eine tatbestandsmäßig handelnde natürliche Person aktiv war, hat die 9. GWB-Novelle zusätzlich die "Unternehmensgeldbuße" gebracht (jetzt § 81a GWB). Wie die Erfahrungen im EU-Kartellrecht zeigen, lassen sich hierdurch die Schwierigkeiten vermeiden oder zumindest reduzieren, in die das deutsche Kartellrecht in Bezug auf die Haftung im Konzern geraten war (Stichwort "Wurstlücke"). Die Kommentierung verschafft einen guten Eindruck von den komplizierten Konstruktionen des deutschen Rechts. Genauso prägnant ist die Kommentierung zu Art. 101 AEUV, beispielsweise die aussagekräftigen Passagen zur Haftung der Muttergesellschaft und zur einheitlichen und komplexen Zuwiderhandlung. Die Grundbegriffe der Norm werden erläutert und viele Anwendungsbeispiele gegeben. Zu überdenken wäre für die nächste Auflage lediglich die Eingruppierung der *pay for delay*-Fälle in die Liste der "vom Kartellverbot nicht erfassten Handlungsweisen", Abschnitt "Gerichtliche Vergleiche" in Art. 101 AEUV Rn. 169 ff. Zwar geht es bei den Streitigkeiten zwischen Inhabern pharmazeutischer Patente (Originalherstellern) und Generikaherstellern um die Ausräumung von Meinungsverschiedenheiten durch Vereinbarung oder Vergleich (wenn auch häufig nicht vor Gericht, sondern im Gegenteil zur Vermeidung von Gerichtsverfahren). Es steht aber nun fest, dass solche Vereinbarungen mit Wertleistung an den Generikahersteller dann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, wenn sich der Werttransfer nur durch das gemeinsame Interesse erklären lässt, Leistungswettbewerb zu vermeiden. Angesichts der intensiven Diskussion über die *reverse payments* (nämlich Zahlungen in der unüblichen Richtung vom Schutzrechtsinhaber an den Anwender) würde dies eine eingehendere Behandlung und einen Eintrag bei den bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 101 AEUV Rn. 94) verdienen.

Sehr gut in die Liste der vom Kartellverbot nicht erfassten Handlungsweisen passt hingegen der neue und sehr verdienstvolle Abschnitt über die Nachhaltigkeitsvereinbarungen. Die Kommentierung stellt weitreichende Überlegungen zu der Frage an, unter welchen Kautelen die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen zur Förderung der Nachhaltigkeitsziele mit dem Kartellverbot vereinbar ist (Art. 101 AEUV Rn. 172 ff.). Allgemein gehaltene Nachhaltigkeitsvereinbarungen werden häufig nicht als Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren sein. Im Übrigen stellt sich die Frage nach Tatbestandsreduktionen nach Art der *Wouters*-, *Meca-Medina*- und *Albany*-Rechtsprechung. Die Kommentierung nimmt hier klare Abgrenzungen vor und geht auch auf die Frage ein, unter welchen Voraussetzungen die Effizienzrechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV greift. – Der Kommentar enthält auch

Kommentierungen ausgewählter Gruppenfreistellungsverordnungen, nämlich zum Technologietransfer, zu Spezialisierungsvereinbarungen und zu Forschung und Entwicklung. Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen konnte aufgrund des Redaktionsschlusses nicht einbezogen werden. Die Kommentierung der Vorgängerversion ist aber für die vielen nicht geänderten Teile von unverändertem Wert.

Was den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen betrifft, behandelt der Kommentar prägnant die Änderungen, welche sich aus der Neuformulierung von § 19 Abs. 1 GWB durch die 10. GWB-Novelle ("Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung" statt "missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung") für die schwierigen Kausalitätsfragen des Missbrauchsverbots ergeben (Stichwort: "Verhaltenskausalität" vs. "Ergebniskausalität", s. § 19 Rn. 6 ff. und Art. 102 AEUV Rn. 41). Ein Zusammenhang besteht auch mit dem international stark beachteten *Facebook*-Fall des Bundeskartellamts. Die Kommentierung erläutert, dass nicht jeder Gesetzesverstoß als Missbrauch zu bewerten sei (§ 19 GWB Rn. 8), der Zugriff auf *off Facebook*-Daten aber als Behinderungs- (§ 19 GWB Rn. 54) und Ausbeutungsmissbrauch (§ 19 GWB Rn. 103) eingestuft werden könne. Für den Leser wäre es hilfreich, die Überlegungen zu der Frage auszubauen, unter welchen Voraussetzungen ein Gesetzesverstoß (beispielsweise gegen Datenschutz- oder Verbraucherschutzrecht) auch als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen ist. In Bezug auf Art. 102 AEUV zeigt die Kommentierung deutlich die Schwierigkeiten auf, die sich durch den Trend zu einem immer anspruchsvoller ausgestalteten *effects-based approach* ergeben (Art. 102 AEUV Rn. 4, 52 ff.). Der *Intel*-Fall erfährt in diesem Zusammenhang Berücksichtigung. Auch die *Google*-Fälle sind in knapper Form eingearbeitet (s. z.B. Art. 102 AEUV Rn. 39). Die überzogenen Anforderungen an den Nachweis wettbewerbswidriger Wirkungen führt zu Rechtsunsicherheit und Verfahrensverzögerungen. Im deutschen Recht möchte § 32a GWB gegensteuern, der die Anforderungen an den Erlass einstweiliger Maßnahmen eigentlich absenkt. Die genaue Analyse dieser Vorschrift macht aber deutlich, dass Zweifel an der Effektivität dieser Änderung angebracht sind.

Auch die deutsche und europäische Fusionskontrolle erfahren eine detaillierte Darstellung. Im deutschen Recht sind die Ausführungen zur Transaktionsschwelle von besonderem Interesse (§ 35 GWB Rn. 26 ff.). Entsprechendes gilt für die Maßnahmen zur Herstellung größerer Treffergenauigkeit der Meldepflicht und zur Vermeidung unnützer Prüfungen. So wurden die Inlandsumsatzschwellen durch die 10. GWB-Novelle stark angehoben, nämlich verdoppelt und verdreifacht. Gleichzeitig ermöglicht es § 39a GWB dem Bundeskartellamt, größere Unternehmen in wettbewerbssensiblen Bereichen zu benennen, die dann jeden Zusammenschluss anzumelden haben. Die Kommentierung dieser Vorschrift umfasst neben einer gründlichen Erläuterung der einzelnen Voraussetzungen auch wichtige Abschätzungen zu den Folgen des neuen Aufgreifinstruments in der Praxis. Die Kommentierung zu Art. 22 FKVO geht intensiv auf die jüngere Kommissionspraxis ein, nach der Mitgliedstaaten auch dann von der niederländischen Klausel (nämlich Verweis eines Zusammenschlusses ohne unionsweite Bedeutung an die Europäische Kommission) Gebrauch machen können, wenn der Zusammenschluss nach nationalem Recht gar nicht meldepflichtig ist. Im Bereich des materiellen Fusionskontrollrechts ist das *CK Telecoms*-Urteil des Gerichts der Europäischen Union von besonderer Bedeutung, da das Gericht hier erstmalig Gelegenheit hatte, die Voraussetzungen nicht koordinierter Oligopolwirkungen zu präzisieren, also den SIEC-Test im Hinblick auf die *gap cases* auszulegen, deren Erfassung durch den Marktbeherrschungstest

zweifelhaft war. Die Kommentierung erläutert dieses Urteil und stellt es souverän in den größeren Zusammenhang, nämlich die Anwendung des *more economic approach* (Art. 2 FKVO Rn. 22 ff., 37 ff.). Aufschlussreich ist auch der Hinweis darauf, dass sich die Interventionsrate nach Einführung des SIEC-Tests nicht verändert habe (ibid., Rn. 23).

Viele andere Passagen könnten hervorgehoben werden, z.B. die eingehende Darstellung der Durchsetzung des Kartellrechts auf öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Weg. Der Gesamteindruck fällt uneingeschränkt positiv aus. Änderungsmöglichkeiten sind Geschmackssache. So wäre zu überlegen, ob in der nächsten Auflage die traditionelle Reihung aufgegeben werden sollte und das EU-Kartellrecht aufgrund der vielen, vom Kommentar minutiös nachgezeichneten Einflüsse des EU-Rechts auf das deutsche Recht an den Anfang zu stellen wäre. Wie dem auch sei: Der Berg/Mäsch hat den großen Vorzug, beide Rechtsordnungen in einem Band zu vereinen. Über das selbstgesteckte Ziel eines praxisbezogenen Kommentars des ersten Zugriffs geht er weit hinaus. Die intensive Nutzung auch bei weiteren Zugriffen sei hier sehr empfohlen.

*Andreas Heinemann, Universität Zürich*