

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

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.

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 Hazelhoff (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 (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 einschließend? – 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 Regulierungstalk 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 sollte 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 Vérguez (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 Rupprecht 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.