

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – RA Dr. Ingo Brinker – Prof. Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Thorsten Käseberg – VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RiEuG Johannes Laitenberger – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész, Brüssel

NZKart

2 2021

Seiten 73–136

9. Jahrgang

15. Februar 2021

Editorial

Hartmut Schneider, Washington, D.C.*

Politischer Wechsel und US-Kartellrecht: Nun aber richtig?

Wenige Monate nach dem Amtsantritt von Präsident Trump vor vier Jahren hieß es an dieser Stelle: “*Quo vadis*, amerikanisches Kartellrecht?” Die Vorhersage lautete damals, dass eine radikale Wandlung des US-Kartellrechts unter anderem deswegen ausbleiben würde, weil von den neuen Leitern der beiden Bundeskartellbehörden – U. S. Department of Justice Antitrust Division (“DOJ”) und Federal Trade Commission (“FTC”) – keine Revolutionen zu erwarten seien. Das hat sich weitgehend bestätigt. Ebenfalls bestätigte sich die Erwartung, dass die USA ebenso wie in anderen Politikbereichen auch im Kartellrecht stärker mit sich selbst beschäftigt sein würden. Dadurch ergaben sich Führungsrollen für andere Kartellbehörden. Die Europäische Kommission, die UK Competition and Markets Authority und Behörden in Asien – allen voran China und Korea – haben davon Gebrauch gemacht.

Das politische Pendel ist nun in die andere Richtung geschwungen. So stellt sich wieder die Frage, was das für das amerikanische Kartellrecht wohl bedeuten wird. Vieles spricht für eine stärkere Repositionierung als 2016/17. Das hat vor allem mit vier Entwicklungen zu tun:

(1) Noch ausgeprägter als vor vier Jahren besteht in Teilen der amerikanischen Öffentlichkeit der Eindruck, dass die Umsetzung des Kartellrechts in den vergangenen Jahren – keinesfalls nur unter republikanischen Präsidenten – zu “lax” war und die Schaffung problematischer Marktmacht ermöglicht hat. Die “GAFAs” (Google, Amazon, Facebook, Apple), auf die sich im Moment viele kartellrechtliche Aufmerksamkeit konzentriert, stellen aus dieser Sicht nur die Spitze eines vermuteten Eisbergs dar. Andere gesellschaftliche Probleme, etwa stagnierende Löhne oder auch die unzureichende Vorbereitung auf die COVID-19 Pandemie, werden zuweilen ebenfalls mit Marktkonzentrationsproblemen in Verbindung gebracht. In der Debatte ist dabei nicht immer klar, wer und warum hier nun genau den Zorn des Kartellrechts verdient. Das früher bisweilen als Nischeninstrument angesehene Kartellrecht hat für einen Teil der politisch interessierten Bevölkerung aber erheblich an Attraktivität gewonnen.

(2) Zur öffentlichen Wahrnehmung eines Kartellrechts mit Umsetzungsmängeln kommt hinzu, dass auch kartellrecht-

liche Insider – insbesondere links der Mitte – die Frage stellen, ob das Kartellrecht der grundlegenden Umorientierung bedarf. Im Mittelpunkt steht hier, ob der Consumer Welfare Standard (“CWS”) den Anforderungen der modernen Kartellrechtspraxis noch gewachsen ist.¹ Der CWS im traditionellen Sinne konzentriert sich bekanntlich auf die Frage, ob kartellrechtsrelevantes Verhalten (z.B. Zusammenschlüsse oder vertikale Exklusivbindungen) zu höheren Preisen, schlechterer Qualität oder gedrosselter Innovation führt. Breitere soziale Übel, etwa negative Beschäftigungs- oder Umweltfolgen, werden nicht berücksichtigt. Außerdem tut sich der traditionelle CWS schwer, wenn Produkte und Dienstleistungen nicht klassisch vergütet werden, wie das etwa auf der Konsumentenseite von Plattformdiensten der Fall sein kann (z.B. Google Search). Auch hier sind die genauen Konturen möglicher Veränderungen nicht immer präzise definiert. Sicher ist aber, dass Bereitschaft zum Experimentieren mit den Grenzen des Kartellrechts besteht.

(3) Die interne Debatte bei der FTC, wo immer zwei der fünf Kommissare von der Minderheitspartei nominiert werden, gibt weiteren Aufschluss, wohin die kartellrechtliche Reise unter Präsident Biden möglicherweise gehen wird. Wie selten zuvor haben hier nämlich die beiden demokratischen Kommissare ihren republikanischen Kollegen ausdrücklich (und schriftlich) widersprochen. Die Kommissarin *Rebecca Slaughter* erhob etwa den Vorwurf, dass es der Kontrolle großer Zusammenschlüsse in der Pharmabranche an Biss fehle.² Sie verband diese Sorge mit dem Aufruf, dass die FTC ihre Kompetenzen kreativ zur Preiskontrolle pharmazeuti-

* Hartmut Schneider ist U.S. Attorney-at-law und deutscher Rechtsanwalt. Er ist Partner bei WilmerHale in Washington, D.C.

1 Vgl. zu dieser Debatte etwa Greenfield/Lange/Callan, Antitrust Populism and the Consumer Welfare Standard: What are we Actually Debating?, Antitrust Law Journal 2020, 393 ff.

2 *Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter*, In the Matter of AbbVie/Allergan, FTC Az. 191-0169, 5.5.2020 (“I remain concerned about the Commission’s approach to pharmaceutical mergers.”). Vgl. www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1574577/191_0169_dissenting_statement_of_commissioner_rebecca_kelly_slaughter_in_the_matter_of_abbvie_and_0.pdf.

scher Produkte einsetzen solle.³ Gemeinsam mit ihrem Kollegen *Robit Chopra* warnte *Slaughter* kurz nach der Präsidentschaftswahl zudem davor, dass die amerikanischen *Vertical Merger Guidelines*⁴ und der *Vertical Merger Commentary* der FTC⁵ keine Leitlinien für die zukünftige Position der FTC zu Vertikalzusammenschlüssen darstellten. Schon der Ton dieser Warnung war bemerkenswert, da beide Dokumente erst im vergangenen Jahr neu aufgelegt wurden: „We strongly caution the market against relying on the *Vertical Merger Guidelines* and the *Vertical Merger Commentary* as an indication of how the FTC will act upon past, present, and future transactions. ... We look forward to turning the page on the era of lax oversight and to beginning to investigate, analyze, and enforce the antitrust laws against vertical mergers with vigor.“⁶

(4) Die Anzeichen einer verschärften Anwendung des Kartellrechts beschränken sich nicht auf die Bundeskartellbehörden und Stimmen in der Literatur. Auch die Bundesstaaten haben deutlich gemacht, dass sie bereit und in der Lage sind, ihre eigenen Kartellrechtskompetenzen aggressiv auszuüben. Der Versuch von neun Einzelstaaten und dem District of Columbia, die Fusion der beiden Mobilfunkanbieter *T-Mobile* und *Sprint* trotz DOJ Freigabe gerichtlich zu unterbinden, war hierfür ein deutliches Zeichen – auch, wenn er letztlich erfolglos blieb.⁷ Außerdem stehen verschiedene Gesetzesinitiativen zur Debatte, die allesamt auf eine Verschärfung des geltenden Rechts hinauslaufen würden.⁸ Ob es hier letztlich zu Rechtsänderungen kommen wird, ist unklar. Die allgemeine Tendenz einer aggressiveren Perspektive auf das Kartellrecht ist aber wiederum nicht zu verleugnen.

Wie schon vor vier Jahren – und generell bei Regierungswechseln in den USA – bedeuten diese Entwicklungen nicht, dass künftig jeder Zusammenschluss und jedes sonstige kartellrechtlich relevante Verhalten vor unüberwindbaren Hindernissen steht. Von den etwa 2000 Zusammenschlussvor-

haben, die z.B. jährlich in den USA fusionskontrollrechtlich angemeldet werden, wird auch in Zukunft nur eine Minderheit Fragen aufwerfen, bei denen die hier diskutierten Themen einen messbaren Unterschied machen. Selbst kleinere Veränderungen – etwa ein geringfügiger Anstieg der Zahl der von DOJ und FTC in Frage gestellten Zusammenschlüsse oder der durchschnittlichen Ermittlungsdauer – können aber erhebliche Folgen für die beteiligten Unternehmen haben. Und einiges spricht dafür, dass es in den nächsten (zumindest) vier Jahren hierzu kommen kann.

Nach vier Jahren politischer Daueraufregung bringt die neue Regierung unter Präsident Biden sicher Beruhigung in vielen Bereichen. Im Kartellrecht bleibt es aber spannend. ■

- 3 *Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter*, In the Matter of Bristol-Myers Squibb and Celgene, FTC Az. 191-0061, 15.11.2019 (“[W]e should unleash the full scope of our authority ... to combat high drug prices. The problem of high drug prices is too important to leave any potential solutions unexhausted.”). Vgl. www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1554283/17_-_final_rks_bms-celgene_statement.pdf.
- 4 DOJ/FTC, *Vertical Merger Guidelines* v. 30.6.2020, verfügbar unter www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.
- 5 FTC, *Commentary on Vertical Merger Enforcement* v. 22.12.2020, verfügbar unter www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commissions-commentary-vertical-merger-enforcement/p180101verticalmergercommentary_0.pdf.
- 6 *Joint Dissenting Statement of Commissioners Robit Chopra and Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Vertical Merger Commentary*, FTC Az. P181201, 22.12.2020, verfügbar unter www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1585062/p181201chopras-laughtermcdissent.pdf.
- 7 *S. State of New York et al. v. Deutsche Telekom AG et al.*, 439 F.Supp.3d 179 (S.D.N.Y. 2020).
- 8 Die demokratische Senatorin *Amy Klobuchar* schlug z.B. eine Umkehrung der Beweislast vor, wonach es den Beteiligten bestimmter Großfusionen auferliegen würde, nachzuweisen, dass ihr Zusammenschluss keine wettbewerblichen Bedenken aufwirft. Vgl. *Consolidation Prevention and Competition Promotion Act of 2019* (S. 307), verfügbar unter www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/307.

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte, Universitätsprofessor a. D., Richter am Hanseatischen OLG a. D.

Facebook im Eilverfahren II

– Entgegnung auf Rainer Bechtold –

Rainer Bechtold hat im Heft 1/2021 dieser Zeitschrift ein Editorial 2 unter dem Titel „Facebook im Eilverfahren“ zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26.8.2019 (NZKart 2019, 495, dazu ablehnend *Bunte*, EWiR 2019, 576), zum BGH-Beschluss vom 23.6.2020 (NZKart 2020, 433, dazu zustimmend *Bunte*, EWiR 2020, 669) zum sog. „Hängebeschluss“ des OLG Düsseldorf vom 30.11.2020 (NZKart. 2021, 59) und schließlich zur beabsichtigten Rechtswegverkürzung in § 73 Abs. 5 GWB-E in Fällen des § 19 a GWB-E veröffentlicht. Leider konnte Bechtold noch nicht darüber berichten, dass der BGH – offenbar überraschend für Facebook – auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes am 15.12.2020 – entgegen der Nichtzulassung durch das OLG Düsseldorf – die Zulassung der Rechtsbeschwerde am 15.12.2020 (KVZ 90/20, in diesem Heft, S. 115) ausführlich begründet hat. Ebenso wusste Bechtold nicht, dass Facebook daraufhin seinen Eilantrag 2 vom 30.11.2020 zurückgenommen hat, so dass sich der

„Hängebeschluss“ des OLG Düsseldorf erledigte. Bechtold ging bei Abfassung seines Editorials vermutlich wegen der Presseberichte davon aus, dass gegen den Vorschlag der Rechtswegverkürzung in Fällen des § 19 a GWB-E in § 73 Abs. 5 GWB-E grundlegende Bedenken zwischen den Koalitionsparteien bestanden. Auch diese Erwartung ist überholt, da der Bundestag am 14.1.2021 einen entsprechenden Vorschlag des zuständigen Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 13.1.2021 in 2. und 3. Lesung der 10. GWB-Novelle beschlossen hat. Die Entwicklung der Dinge ist also über die kritischen Überlegungen Bechtolds hinweggegangen.

In der Sache geht es Bechtold um drei Ansichten, denen entschieden widersprochen werden muss:

1. Verkenning des Eilverfahrens mit der Beschränkung auf eine Plausibilitätskontrolle durch das Rechtsbeschwerdegericht,