

Europäisches und deutsches Kartellrecht

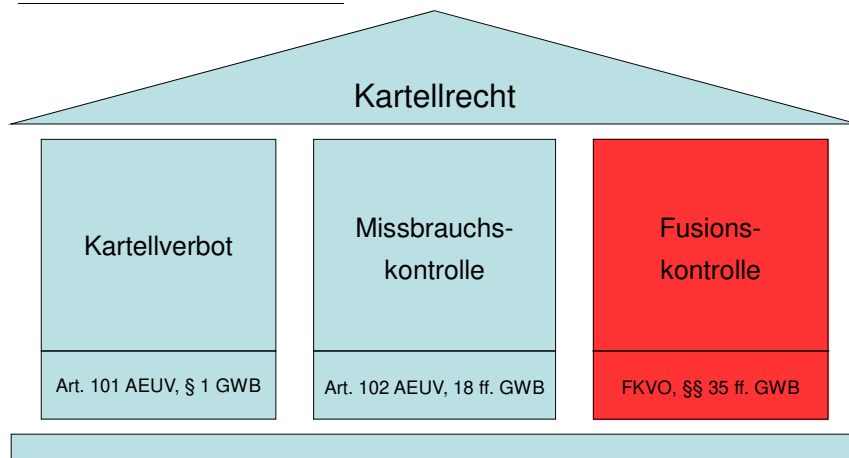
28. Juni 2019

Dr. Christian Heinichen

1

Europäisches und deutsches Kartellrecht

3 Säulen des Kartellrechts

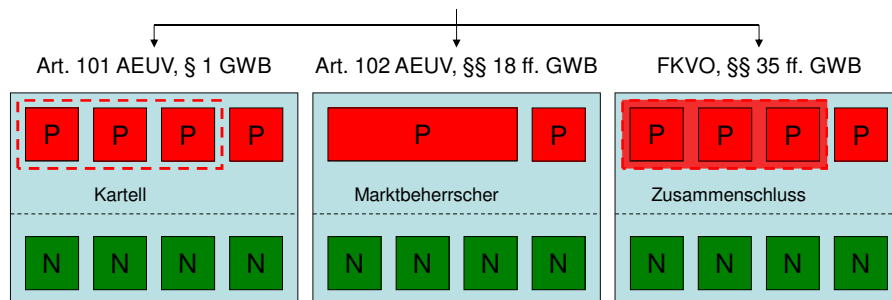


© 2019, Dr. Christian Heinichen

2

Grundlagen d. Fusionskontrolle

Zweck: Kontrolle des externen Unternehmenswachstums zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Marktkonzentrationen



© 2019, Dr. Christian Heinichen

3

Grundlagen d. Fusionskontrolle

- Konzept der *präventiven Zusammenschlusskontrolle*, d.h. Anmeldepflicht + Vollzugsverbot
 - => Art. 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 FKVO
 - => §§ 39 Abs. 1, 41 Abs. 1 GWB
- **one-stop-shop**-Prinzip der FKVO
 - => Art. 21 Abs. 2 u. 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB

© 2019, Dr. Christian Heinichen

4

Prüfungssegmente d. Fusionskontrolle

		FKVO (EU)		GWB (D)	
1.	Aufgreif- tatbestand	Zusammenschluss	Art. 3	Zusammenschluss	§ 37
2.	Aufgreif- schwellen	Gemeinschaftsweite Bedeutung	Art. 1	Geltungsbereich	§ 35
3.	Eingreif- tatbestand	SIEC-Test (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs)	Art. 2	SIEC-Test (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs)	§ 36

© 2019, Dr. Christian Heinichen

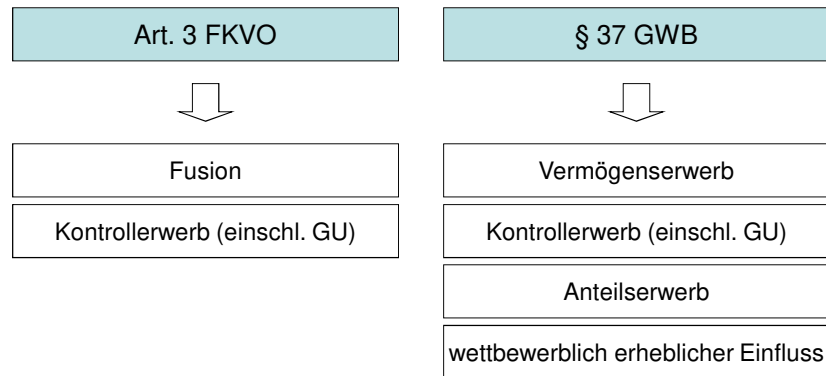
5

1. Zusammenschlussbegriff

© 2019, Dr. Christian Heinichen

6

Zusammenschlussbegriff



© 2019, Dr. Christian Heinichen

7

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

1. Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)

- Verschmelzung durch Aufnahme
- Verschmelzung durch Neugründung
- wirtschaftliche Fusion, z. B. der deutsche Gleichordnungskonzern

© 2019, Dr. Christian Heinichen

8

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

2. Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 u. 3 FKVO)

Kontrolle = Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (Art. 3 Abs. 2 FKVO)

- Dauerhaftigkeit der Kontrollveränderung
- Erwerb alleiniger Kontrolle (*sole control*)
- Erwerb gemeinsamer Kontrolle (*joint control*)
- Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle + *vice versa*

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

a) Erwerb der alleinigen Kontrolle

- Mehrheitserwerb
 - Erlangung der Stimmrechtsmehrheit
- Minderheitsserwerb + zusätzliche Faktoren
 - Einräumung einer Sperrminorität
 - faktische Hauptversammlungsmehrheit durch Streubesitz
- Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

- Abschluss von Unternehmensverträgen, die eine Einflussnahmemöglichkeit auf das Stimmverhalten der Unternehmensorgane gewähren
 - Gewinnabführungsverträge
 - konzernrechtliche Organisationsverträge
 - => Gewinnabführungsvertrag
 - => Beherrschungsvertrag
 - => Betriebsüberlassungs- und -führungsverträge

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

- personelle Verflechtungen zwischen den Leitungsorganen
(sog. *interlocking directorates*)

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

b) Erwerb gemeinsamer Kontrolle

- paritätische Beteiligungen
- disparitatische Beteiligungen + zusätzliche Faktoren
 - Vetorechte des Minderheitsgesellschafters
 - Bündelung der Stimmrechte der Gesellschafter (Pooling)

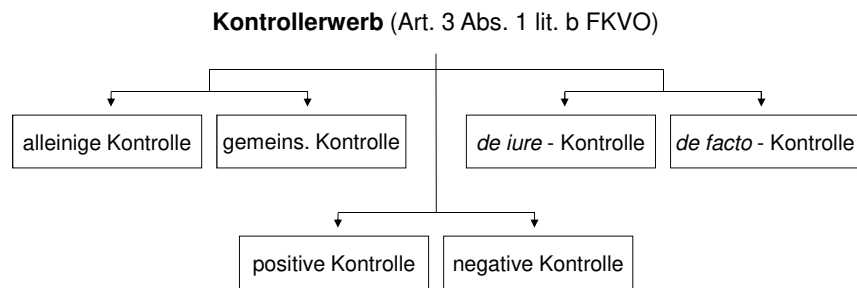
Zusammenschlussbegriff (FKVO)

c) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (Art. 3 Abs. 4 FKVO)

Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer (vergleichbaren) selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen

- Vergleich mit anderen Unternehmen auf dem gleichen Markt
- Abhängigkeit des Gemeinschaftsunternehmens von den Muttergesellschaften auf vor- oder nachgelagerten Märkten

Zusammenfassung „Kontrollerwerb“ (FKVO)



© 2019, Dr. Christian Heinichen

15

Zusammenschlussbegriff (GWB)

1. Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB)

- „Vermögen“ => alle geldwerten Güter und Rechte
- „ganz oder zu einem wesentlichen Teil“
 - *relative Quantität*, d. h. wesentlich im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers („80% +“)
 - *funktionale Qualität*, d. h. qualitativ eigenständige Bedeutung des Vermögensgegenstands

© 2019, Dr. Christian Heinichen

16

Zusammenschlussbegriff (GWB)

2. Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB)

Kontrolle = Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB)

=> vgl. Kontrollerwerb i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO

Zusammenschlussbegriff (GWB)

3. Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

- Erreichen der Anteilsschwellen von 25% und 50%
- Beteiligungen am Kapital oder den Stimmrechten
- Berücksichtigung der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB und der sog. Flick-Klausel (§ 36 Abs. 3 GWB)
- Fiktion der Teilfusion der Muttergesellschaften auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB)

Zusammenschlussbegriff (GWB)

4. Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

- subsidiär ggü. § 37 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GWB
- „24,9 %-Fälle, wenn über Minderheitsbeteiligung hinausgehende Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten bestehend

2. Aufgreifschwellen

Allgemeines

- **Umsatzschwellen** (Art. 1 FKVO + § 35 GWB)
- Prüfungsreihenfolge:
 - Ermittlung der am Zusammenschluss (materiell) beteiligten Unternehmen
 - Ermittlung des relevanten Umsatzes
 - ggf. Zurechnung weiterer Umsätze (konzernverbundener) Unternehmen
 - Subsumtion unter Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO bzw. § 35 Abs. 1 GWB

Aufgreifschwelle (FKVO)

1. Primäre gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2 FKVO)

- ... aufgrund absoluter Größe
 - => weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 5 Mrd.**
 - => gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen jeweils > **EUR 250 Mio.**
 - => **Zwei-Drittel-Klausel**

Aufgreifschwelle (FKVO)

2. Sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 3 FKVO)

- ... aufgrund Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten
- => weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 2,5 Mrd.**
- => Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen in mind. 3 Mitgliedstaaten jeweils > **EUR 100 Mio.**
- => Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen in mind. drei von lit. b) erfassten Mitgliedstaaten jeweils > **EUR 25 Mio.**
- => gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen jeweils > **EUR 100 Mio.**
- => **Zwei-Drittel-Klausel**

Aufgreifschwelle (FKVO)

3. (Materiell) Beteiligte Unternehmen i.S.v. Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO

Ein Unternehmen ist materiell beteiligt, wenn es **Bestandteil des Zusammenschlussvorhabens selbst** ist, z. B.

- Fusion => fusionierende Unternehmen
- Erwerb alleiniger Kontrolle => Erwerber + Zielunternehmen/-steil
- Erwerb gemeinsamer Kontrolle => alle kontrollierenden Unternehmen + Gemeinschaftsunternehmen, wenn bereits bestehend

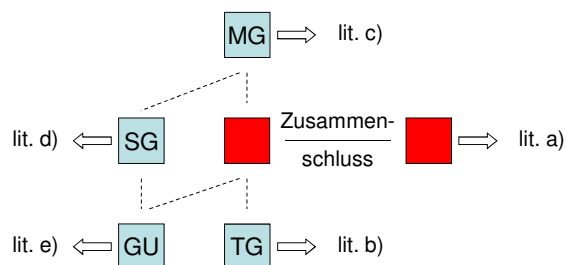
Aufreifschwelen (FKVO)

4. Umsatzberechnung gemäß Art. 5 FKVO

- Nettoumsatz (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)
- konsolidierter Umsatz (Art. 5 Abs. 1 S. 2 FKVO)
- (Teil-)Umsatz bei Erwerb v. Unternehmensteilen (Art. 5 Abs. 2 UA 2 FKVO)
- Zeitpunkt: letztes Geschäftsjahr (Art. 5 Abs. 1 FKVO)
- geografische Zuordnung des Umsatzes (Kundenstandort)

Aufreifschwelen (FKVO)

5. Zurechnung des Umsatzes weiterer Unternehmen (Art. 5 Abs. 4 FKVO)



Aufgreifschwelle (GWB)

1. Umsatzbasierte Schwellenwerte (§ 35 Abs. 1, 2 GWB)

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen
> **EUR 500 Mio.**

- => Inlandsumsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens
> **EUR 25 Mio.** + eines weiteren Unternehmens > **EUR 5 Mio.**

- => *de-minimis*-Klausel des § 35 Abs. 2 GWB

Aufgreifschwelle (GWB)

2. Transaktionswertbasierte Schwellenwerte (§ 35 Abs. 1a GWB)

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen
> **EUR 500 Mio.**

- => Inlandsumsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens
> **EUR 25 Mio.**

- => Wert der Gegenleistung > **EUR 400 Mio.** + erhebliche Inlandstätigkeit
des zu erwerbenden Unternehmens

Aufgreifschwellen (GWB)

3. (Materiell) Beteiligte Unternehmen i.S.v. § 35 Abs. 1-1a GWB

- Vermögenserwerb => Erwerber + erworbenes Unternehmensvermögen
- Kontrollerwerb => Erwerber + Zielunternehmen (+ ggf. Unternehmen mit fortdauernder Kontrolle)
- Anteilserwerb => Erwerber + Zielunternehmen (+ ggf. Unternehmen mit fortdauerndem Anteil $\geq 25\%$)
- Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses => Erwerber + Zielunternehmen

© 2019, Dr. Christian Heinichen

29

Aufgreifschwellen (GWB)

4. Umsatzberechnung gemäß § 38 GWB

- Verweis auf § 277 HGB (GuV-Rechnung)
- Gesamtumsatz im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss + Zurechnung des Umsatzes der verbundenen Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB) *.i. captive use* (§ 38 Abs. 1 S. 2 GWB)
- Abzugsposten (Verbrauchssteuern, Erlösschmälerungen, Erträge aus Beteiligungen)

© 2019, Dr. Christian Heinichen

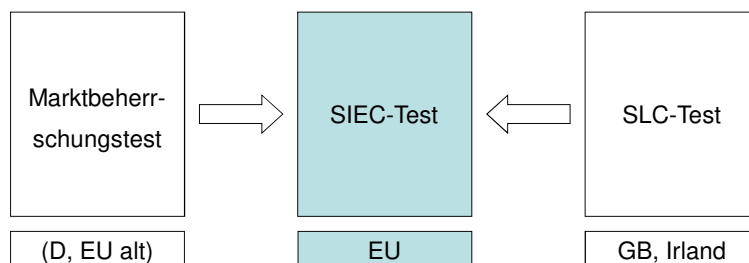
30

3. Eingreiftatbestand

Eingreiftatbestand

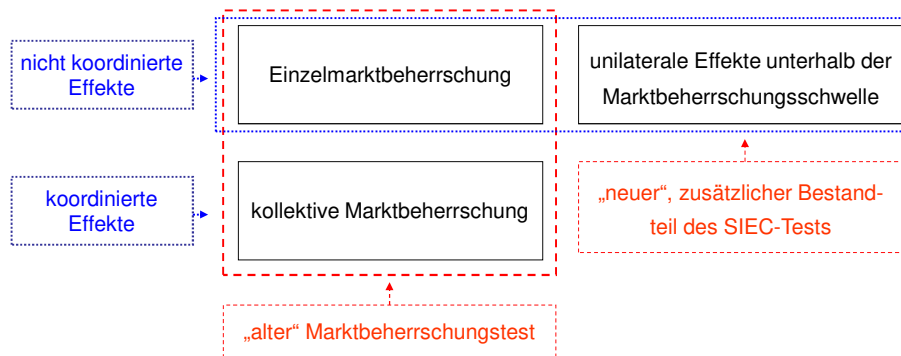
1. SIEC-Test als (ursprünglich politischer) Kompromiss

Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO: „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“



Eingreiftatbestand

2. Bestandteile des SIEC-Tests (ErwG 25 der FKVO)



© 2019, Dr. Christian Heinichen

33

Eingreiftatbestand

3. Prüfungsreihenfolge

- a) Abgrenzung des relevanten Markts
 - b) Einzelmarktbeherrschung
 - c) kollektive Marktbeherrschung
 - d) unilaterale Effekte im (engen) Oligopol
 - e) Sanierungsfusion (*Failing Company Defense*)
 - f) Effizienzvorteile (*Efficiency Defense*)
 - g) D: Abwägungsklausel
- Die Punkte b) und c) sind durch eine geschweifte Klammer verbunden, die auf drei mögliche Zusammenschlüsse zeigt: horizontale Zusammenschlüsse, vertikale Zusammenschlüsse und konglomerate Zusammenschlüsse.

© 2019, Dr. Christian Heinichen

34

Eingreiftatbestand

4. Horizontale Zusammenschlüsse - Einzelmarktbeherrschung

- EU: Marktanteil
 - < 25% => *safe harbour* (ErwG 32 FKVO)
 - > 25% - <50% => Einzelfallprüfung
 - > 50% => Vermutung für Entstehen/Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung

- D: Marktanteil
 - $\geq 40\%$ => Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4 GWB)
 - $\geq 50\%$ => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung I (§ 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB)
 - $\geq 66\%$ => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung II (§ 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB)

Eingreiftatbestand

- Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)

Summe der Quadrate der Marktanteile aller Unternehmen auf dem relevanten Markt (0 – 10.000)

Δ als Maßstab für die Zunahme des Konzentrationsgrades

- *safe harbour* => HHI < 1000
- HHI > 1000 < 2000 + Δ < 250
- HHI > 2000 + Δ < 150

Eingreiftatbestand

- Gesamtbetrachtung weiterer Kriterien (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. a + b FKVO, § 18 Abs. 3-3a GWB):
 - Marktanteilsabstand zum nächstgrößten Wettbewerber
 - Marktzutrittschranken
 - Umstellungsflexibilität der Marktgegenseite (*switching costs*)
 - Beseitigung einer „wichtigen Wettbewerbskraft“
 - Nachfragemacht der Marktgegenseite
 - direkte + indirekte Netzwerkeffekte
 - Multi- vs. Single-Homing

© 2019, Dr. Christian Heinichen

37

Eingreiftatbestand

5. Horizontale Zusammenschlüsse - Gruppenmarktbeherrschung

- Zweck: Verhinderung des Entstehens enger Oligopole
- D: Vermutung des § 18 Abs. 6, 7 GWB
- Voraussetzungen:
 - Möglichkeit und Anreiz zur **Koordinierung**
(hohe Marktkonzentration, Produkthomogenität, Stabilität der Nachfrage)
 - Möglichkeit zur „**Überwachung**“ der Koordinierung
(hinreichende Markttransparenz)
 - Existenz wirksamer **Sanktionsmechanismen**
 - kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit
(Beurteilung der **Reaktionsmöglichkeiten Außenstehender**)

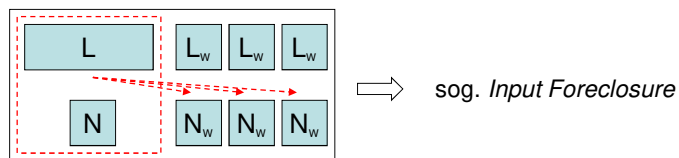
© 2019, Dr. Christian Heinichen

38

Eingreiftatbestand

6. Vertikale Zusammenschlüsse - Marktbeherrschung

- v.a. Marktverschließungseffekte (*Foreclosure Effects*)

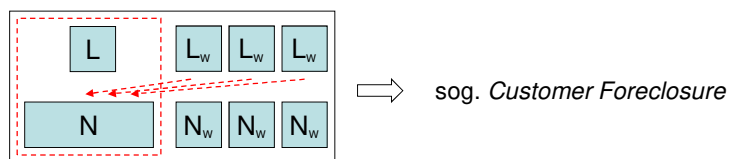


- Lieferverweigerung, Belieferung zu höheren Preisen, geringeren Mengen etc.
- Bedeutung des gelieferten Produkts für den Nachfrager, Marktzutrittsschranken
- Anreiz zur Marktverschließung

© 2019, Dr. Christian Heinichen

39

Eingreiftatbestand



- Abnahmeverweigerung, Abnahme zu geringeren Preisen, geringeren Mengen etc.
- Existenz von *Economies of Scale*
- Anreiz zur Marktverschließung

© 2019, Dr. Christian Heinichen

40

Eingreiftatbestand

7. Konglomerate Zusammenschlüsse - Marktbeherrschung

- Portfolioeffekte
- finanzielle Ressourcenverstärkung (*Deep Pocket Doctrine*)
- Ressourcenverstärkung bzgl. des Know-hows (*Spill Over Effects*)
- Marktverschließung durch Hebelwirkungen (**Leverage Effects**: *Bundling + Tying*) bei komplementären oder substituierbaren Produkten

Eingreiftatbestand

8. Unilaterale Effekte im (enger) Oligopol

Prüfungsreihenfolge:

- (enger) oligopolistischer Markt
- Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge, die von den Zusammenschlussbeteiligten aufeinander ausgeübt wurden + Verringerung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Marktteilnehmer (ErwG 25)

Eingreiftatbestand

Beispiele:

- ⇒ Zusammenschluss von Anbietern „besonders naher“ Substitute
- ⇒ Zusammenschluss des „Zweiten“ und „Dritten“, deren kumulierter Marktanteil < Marktanteil des „Ersten“
- ⇒ Marktanteilsabstand der (markt-)führenden fusionierten Einheit zum nächstgrößten Wettbewerber zu gering, um von (Einzel-)Marktbeherrschung auszugehen

Eingreiftatbestand

9. Effizienzvorteile (*Efficiency Defense*)

Nachweis, dass Effizienzgewinne die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses übertreffen (ErwG 29 der FKVO)

(Kumulative) Voraussetzungen:

- erheblich, rechtzeitig und an den Verbraucher weitergereicht
- zusammenschlusspezifisch
- nachprüfbar

Eingreiftatbestand

10. Sanierungsfusion (*Failing Company Defense*)

(Kumulative) Voraussetzungen:

- sanierungsbedürftiges Unternehmen ≠ allein überlebensfähig
- keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative
- zwangsläufiges Ausscheiden der Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt