

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

28. Juni 2019

Dr. Christian Heinichen

1

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

## 3 Säulen des Kartellrechts

The diagram shows three pillars supporting a roof labeled 'Kartellrecht'. The first pillar is 'Kartellverbot' (Art. 101 AEUV, § 1 GWB). The second is 'Missbrauchs-kontrolle' (Art. 102 AEUV, 18 ff. GWB). The third is 'Fusions-kontrolle' (FKVO, §§ 35 ff. GWB).

© 2019, Dr. Christian Heinichen

2

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

## Grundlagen d. Fusionskontrolle

Zweck: Kontrolle des externen Unternehmenswachstums zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Marktkonzentrationen

The diagram shows three categories: 'Kartell' (Art. 101 AEUV, § 1 GWB), 'Marktbeherrscher' (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB), and 'Zusammenschluss' (FKVO, §§ 35 ff. GWB). Each category has a grid of 'P' (Prohibited) and 'N' (Not Prohibited) boxes. In 'Kartell', all four 'P' boxes are red. In 'Marktbeherrscher', two 'P' boxes are red. In 'Zusammenschluss', four 'P' boxes are red.

© 2019, Dr. Christian Heinichen

3

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

## 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

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

## 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

# Europäisches und deutsches Kartellrecht

## 1. Zusammenschlussbegriff

© 2019, Dr. Christian Heinichen

6

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

Zusammenschlussbegriff

Art. 3 FKVO	§ 37 GWB
↓	↓
Fusion	Vermögenserwerb
Kontrollerwerb (einschl. GU)	Kontrollerwerb (einschl. GU)
	Anteilserwerb
	wettbewerblich erheblicher Einfluss

© 2019, Dr. Christian Heinen

7

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

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 Heinen

8

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

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*

© 2019, Dr. Christian Heinen

9

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

a) Erwerb der alleinigen Kontrolle

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

© 2019, Dr. Christian Heinen

10

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

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

© 2019, Dr. Christian Heinen

11

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

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

© 2019, Dr. Christian Heinen

12

### Zusammenschlussbegriff (FKVO)

b) Erwerb gemeinsamer Kontrolle

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

### Zusammenschlussbegriff (FKVO)

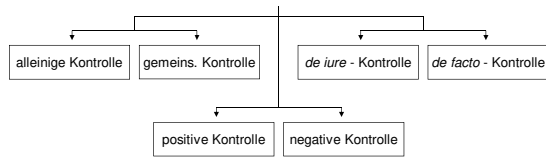
c) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (Art. 3 Abs. 4 FKVO)

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)

**Kontrollerwerb** (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)



### 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

### 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. Anteilerwerb (§ 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. Aufreißschwellen

### 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

### Aufreißschwellen (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**

### Aufreißschwellen (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**

### Aufreißschwellen (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

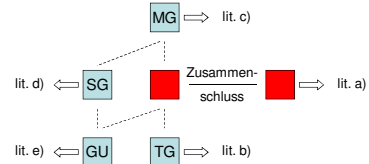
**Aufreißschwellen (FKVO)**

**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)

**Aufreißschwellen (FKVO)**

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



**Aufreißschwellen (GWB)**

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

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 500 Mio.**
- => Inlandsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens > **EUR 25 Mio.** + eines weiteren Unternehmens > **EUR 5 Mio.**
- => **de-minimis**-Klausel des § 35 Abs. 2 GWB

**Aufreißschwellen (GWB)**

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

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 500 Mio.**
- => Inlandsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens > **EUR 25 Mio.**
- => Wert der Gegenleistung > **EUR 400 Mio.** + erhebliche Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens

**Aufreißschwellen (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 ≥ 25%)
- Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses => Erwerber + Zielunternehmen

**Aufreißschwellen (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) *J. captive use* (§ 38 Abs. 1 S. 2 GWB)
- Abzugsposten (Verbrauchssteuern, Erlösschmälerungen, Erträge aus Beteiligungen)

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### 3. Eingreiftatbestand

© 2019, Dr. Christian Heinen

31

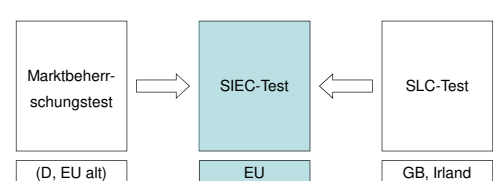
Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### Eingreiftatbestand

**1. SIEC-Test als (ursprünglich politischer) Kompromiss**

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



© 2019, Dr. Christian Heinen

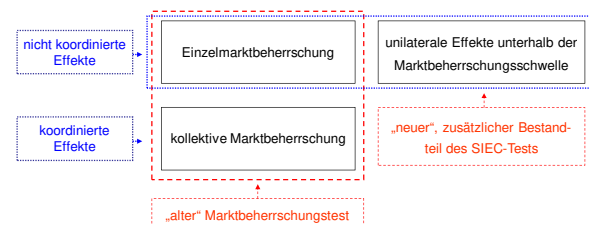
32

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### Eingreiftatbestand

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



© 2019, Dr. Christian Heinen

33

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### Eingreiftatbestand

**3. Prüfungsreihenfolge**

- a) Abgrenzung des relevanten Markts
  - horizontale Zusammenschlüsse
  - vertikale Zusammenschlüsse
  - konglomerate Zusammenschlüsse
- b) Einzelmarktbeherrschung
- c) kollektive Marktbeherrschung
- d) unilaterale Effekte im (engen) Oligopol
- e) Sanierungsfusion (*Failing Company Defense*)
- f) Effizienzvorteile (*Efficiency Defense*)
- g) D: Abwägungsklausel

© 2019, Dr. Christian Heinen

34

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### 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
  - ≥ 40% => Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4 GWB)
  - ≥ 50% => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung I (§ 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB)
  - ≥ 66% => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung II (§ 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB)

© 2019, Dr. Christian Heinen

35

Europäisches und deutsches Kartellrecht

---

### 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

© 2019, Dr. Christian Heinen

36

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 Heinen

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**)

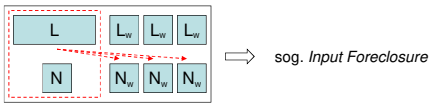
© 2019, Dr. Christian Heinen

38

Eingreiftatbestand

**6. Vertikale Zusammenschlüsse** - Marktbeherrschung

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

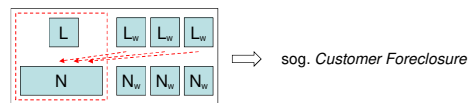


- Lieferverweigerung, Belieferung zu höheren Preisen, geringeren Mengen etc.
- Bedeutung des gelieferten Produkts für den Nachfrager, Marktzutrittschranken
- Anreiz zur Marktverschließung

© 2019, Dr. Christian Heinen

39

Eingreiftatbestand



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

© 2019, Dr. Christian Heinen

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

© 2019, Dr. Christian Heinen

41

Eingreiftatbestand

**8. Unilaterale Effekte im (engen) Oligopol**

Prüfungsreihenfolge:

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

© 2019, Dr. Christian Heinen

42

### 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